# DIE RECHTSPRECHUNG DES BUNDESGERICHTSHOFS ZUM ABWOHNBAREN BAUKOSTENZUSCHUSS

## EINE RECHTSDOGMATISCHE UNTERSUCHUNG

HANNELORE ZACHER-RÖDER

1972

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41553803_0017

# DIE RECHTSPRECHUNG DES BUNDESGERICHTSHOFS ZUM ABWOHNBAREN BAUKOSTENZUSCHUSS

## EINE RECHTSDOGMATISCHE UNTERSUCHUNG

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität
zu München

vorgelegt von

HANNELORE ZACHER-RÖDER

1972

DISSERTATIONSDRUCK -SCHÖN- 8 München 40, Belgradstraße 11

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Referent: Prof. Dr. jur. Karl Larenz

Korreferent: Prof. Dr. jur. Andreas Heldrich

Tag der mündlichen Prüfung: 12. Juli 1972

# Inhalt


| | Seite |
|---|---|
| Literaturverzeichnis | IV |
| Verzeichnis der Abkürzungen | XVIII |
| A) EINLEITUNG UND PROBLEMSTELLUNG | 1 |
| 1. Der Baukostenzuschuß | 1 |
| 2. Der Grundsatz "Kauf bricht nicht Miete" | 3 |
| 3. Interessengegensatz zwischen Mieter und Erwerber im Falle der Veräußerung des Grundstücks | 6 |
| 4. Gesetzliche Bestimmungen, die für die Lösung dieses Konflikts in Betracht kommen | 7 |
| 5. Das Ergebnis bei Anwendung dieser Normen auf den BKZ | 8 |
| 6. Die Rechtsprechung zu dem Konflikt zwischen Mieter und Erwerber | 9 |
| a) Die Rechtsprechung des RG und Kritik dieser Rechtsprechung | 9 |
| b) Die Rechtsprechung des BGH | 12 |
| 7. Kritik der Rechtsprechung des BGH: Nicht am Ergebnis, sondern an der Begründung - aus dogmatischer Sicht | 17 |
| 8. Problemstellung dieser Arbeit | 21 |
| B) DOGMATISCHE ÜBERPRÜFUNG UND BEGRÜNDUNG DER RECHTSPRECHUNG DES BGH ZUM BKZ | 22 |
| I. Auslegung der §§ 571 Abs.1, 573, 574 BGB | 22 |
| 1. Das Recht des Erwerbers auf den Mietzins | 22 |
| 2. Der Begriff der Vorausverfügung | 30 |
| 3. Die Rechtsnatur des abwohnbaren BKZ und der Abwohnklauseln | 32 |
| 4. Versuch einer Subsumtion der in bezug auf den abwohnbaren BKZ vereinbarten Abwohnklauseln unter die §§ 573, 574 Satz 1 | 36 |
| a) Tatbestand und Rechtsfolge in den §§ 573, 574 Satz 1 | 36 |

b) Das Verhältnis der §§ 573, 574 Satz 1 zueinander 39

c) Unmöglichkeit der generellen Subsumtion der Verrechnungsabreden unter die Tatbestände der §§ 573, 574 Satz 1 43

II. Stellt die Nichtregelung der Wirksamkeit der Abwohnklauseln eines BKZ gegenüber dem Erwerber eine Lücke des Gesetzes dar? 46

1. Begriff der Lücke 47

2. Gesamtanalogie zu den §§ 573, 574 als Methode der Rechtsfortbildung 47

a) Zweck der §§ 573, 574 Satz 1 48

b) Überprüfung der Auffassungen der Lehre vom Zweck des § 573 50

aa) Schutz des Vermieters 51

bb) Schutz des Dritten, zu dessen Gunsten verfügt wird 56

cc) Schutz des Erwerbers 59

c) Erkennen des Zwecks des § 573 mit Hilfe objektiv-teleologischer Kriterien 60

aa) Natur der Sache 60

bb) Sicherheit und Leichtigkeit des Rechtsverkehrs 62

d) Der rechtfertigende Grund der Wirksamkeit von Verfügungen des Vermieters über den Mietzins des Erwerbers in § 573 65

e) Der rechtfertigende Grund der Wirksamkeit von Rechtsgeschäften zwischen Mieter und Vermieter hinsichtlich der Mietzinsforderungen des Erwerbers in § 574 Satz 1 67

f) Das Verhältnis von § 573 zu § 574 Satz 1 71

g) Gesamtanalogie zu den §§ 573, 574 74

aa) Analogieverbot des Gesetzgebers 76

bb) Aufhebung des Analogieverbots durch den Wandel der Normsituation? 78

3. Das Interesse der Allgemeinheit an der Wirksamkeit der Verrechnungsabreden gegenüber dem Erwerber 82

4. Das den §§ 573, 574 zugrundeliegende rechtsethische Prinzip 87

a) Die Zumutbarkeit, ein rechtsethisches Prinzip? 88

b) Das Sozialprinzip 91

c) Das Prinzip der sozialen Bindung des Eigentums 95

5. Teleologische Reduktion des § 571 Abs.1 101

6. Befugnis des BGH zu dieser Rechtsfortbildung 110

C) BEWIRKT DIE RECHTSPRECHUNG DES BGH ZUM BKZ EINE VERDINGLICHUNG INNERHALB DER RECHTSBEZIEHUNG ZWISCHEN MIETER, DER BKZ GELEISTET HAT, UND VERMIETER 112

1. Das Recht des Hypothekengläubigers auf Befriedigung aus den Miet- und Pachtzinsforderungen des mit der Hypothek belasteten Grundstücks 112

2. Beschränkung dieses Rechts infolge der Rechtsprechung des BGH zum BKZ - Kritik dieser Rechtsprechung im Hinblick auf den "numerus clausus" der dinglichen Rechte 113

3. Begriff des dinglichen und relativen Rechts 115

4. Begriff der Verdinglichung 116

5. Zur Frage der Dinglichkeit und Verdinglichung der Miete 119

6. Bewirkt die Rechtsprechung des BGH zum BKZ eine Verdinglichung des Gebrauchsrechts des Mieters? 120

7. Bewirkt diese Rechtsprechung eine Verdinglichung des BKZ? 123

a) Verdinglichung durch Werterhöhung? 124

b) Verdinglichung durch Sachnähe? 128

c) Verdinglichung durch Drittwirkung? 128

D) SCHLUSSWORT 131

# LITERATURVERZEICHNIS

Die angeführten Werke werden, soweit nichts anderes vermerkt ist, nur mit dem Namen des Verfassers zitiert.

## I. Lehr- und Handbücher, Grundrisse, Monographien, Aufsätze

ABENHEIMER, Karl
Verrechnung von Baudarlehen und Mietzins
JW 1930, 2012

BALLERSTEDT, Kurt
Zur Lehre vom Gattungskauf
in Festschrift für Hans Carl NIPPERDEY
zum 60. Geburtstag, München-Berlin 1955,
Seite 261

BARTHOLOMEYCZIK, Horst
Die Kunst der Gesetzesauslegung
4.Auflage, Frankfurt 1967

BAUR, Fritz
Lehrbuch des Sachenrechts
4.Auflage, München 1968

BAUR, Fritz
Sozialer Ausgleich durch Richterspruch
JZ 1957, 193

BAUR, Fritz
Zivilrechtslehrertagung 1957
JZ 1957, 764

BECKER
Eine Gefährdung des Realkredits
JW 1930, 3198

BENDIX
JW 1919, 675

BERGMANN, Hans
Mietvorauszahlung bei Wiederaufbauverträgen
NJW 1949, 282

BERGK, Alfred
Übertragung und Pfändung künftiger Rechte
mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts
Diss. Halle 1912

BLOMEYER, Arwed
Allgemeines Schuldrecht
4.Auflage, Berlin-Frankfurt 1969
(zit. BLOMEYER SR)

BLOMEYER, Arwed
Studien zur Bedingungslehre I, 1938

BLOMEYER, Karl
Die Neuordnung der Zwangsvollstreckung
BB 1953, 657

BOEHMER, Gustav
Grundlagen der Bürgerlichen Rechtsordnung
1.Buch, Tübingen 1950
(zit. BOEHMER Grundlagen)

BOEHMER, Gustav
Einführung in das Bürgerliche Recht
2.Auflage, Tübingen 1965
(zit. BOEHMER Einführung)

BULL
Die Sicherung eines Baukostenzuschusses
BB 1950, 886

CANARIS, Claus-Wilhelm
Die Feststellung von Lücken im Gesetz
Berlin 1964

CANARIS, Claus-Wilhelm
Notstand und "Selbstaufopferung" im
Straßenverkehr
JZ 1963, 655

COSACK, Konrad und MITTEIS, Heinrich
Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts
2.Band, 7./8. Auflage, Jena 1924
(zit. COSACK-MITTEIS)

DIEDERICHSEN, Uwe
Das Recht zum Besitz aus Schuldverhält-
nissen
Kiel 1965

DÜRIG, Günter
Zurück zum klassischen Enteignungsbegriff
JZ 1954, 4

DULCKEIT, Gerhard
Die Verdinglichung obligatorischer Rechte
Tübingen 1951

EISERMANN, Gottfried
Wandlungstendenzen der modernen Gesellschaft
in Wirtschaft und Kultursystem
Erlenbach-Zürich-Stuttgart 1955

ENDEMANN,
Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts
1.Band 9.Auflage, Berlin 1903

ENGISCH, Karl
Einführung in das juristische Denken
4.Auflage, 1968

ENNECCERUS-LEHMANN
Recht der Schuldverhältnisse
15.Auflage, Tübingen 1958
(zit. ENNECCERUS-LEHMANN)

ENNECCERUS-NIPPERDEY,
Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts
1.Halbband, 15.Auflage 1959
(zit. ENNECCERUS-NIPPERDEY)

ESSER, Josef
Grundsatz und Norm in der richterlichen
Fortbildung des Privatrechts
Tübingen 1956
(zit. ESSER Grundsatz)

ESSER, Josef
Schuldrecht Band I, Allgemeiner Teil
4.Auflage, Karlsruhe 1970 (zit. ESSER SR I)

ESSER, Josef
Schuldrecht Band II, Besonderer Teil
4.Auflage, Karlsruhe 1971
(zit. ESSER SR II)

FECHNER, Erich
Rechtsphilosophie
Tübingen 1956

FIKENTSCHER, Wolfgang
Das Schuldrecht
Berlin 1965

FISCHER, Norbert
Kollision des verlängerten Eigentumsvorbe-
halts der Warenlieferanten mit den Siche-
rungsmitteln der Geldkreditgeber
Diss. Münster 1956

FLUME, Werner
Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts
2.Band, Das Rechtsgeschäft
Berlin-Heidelberg-New York 1965

FORSTHOFF, Ernst
Allgemeines Verwaltungsrecht
1.Band, Allgemeiner Teil
9.Auflage, München-Berlin 1966

FRIEDRICHS, Günther
Der Vertrauensschutz bei Zession verbriefter Forderungen
Diss. Göttingen 1938

FUCHS, Eugen
Zur Frage von der Dinglichkeit der Miethe und Pacht
GruchBeitr 1902, 840

FUCHS, Eugen
Probleme des Sachenrechts
(Sache, Sachenrecht, dingliches Recht, Vormerkung, Miethe)
GruchBeitr 1902, 549

v.GIERKE, Otto
Deutsches Privatrecht 3.Band Schuldrecht
München-Leipzig 1917
(zit. GIERKE Privatrecht III)

v.GIERKE, Otto
Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht
Leipzig 1889

v.GIERKE, Otto
Die soziale Aufgabe des Privatrechts 1889
(zit. v.GIERKE, Soz.Aufgabe)

GILLMANN, Kurt
Verfügung über künftige Forderungen
Diss. Berlin 1909

HAHNZOG, Klaus
Die Rechtstellung des Zessionars künftiger Forderungen
Diss. München 1962

HAMANN, Andreas
Zur Abgrenzung von Enteignung und Sozialbindung
NJW 1952, 402

HANS, W.
Das neue Mietrecht in den weißen Kreisen
Loseblattsammlung, München 1964 ff.

HECK, Philipp
Grundriß des Schuldrechts
Tübingen 1929
(zit. HECK SR)

HECK, Philipp
Grundriß des Sachenrechts
Tübingen 1930 (zit. HECK SaR)

HELLMANN, Friedrich
Lehrbuch des deutschen Konkursrechts
Berlin 1907

HELLWIG, Konrad
Anspruch und Klagerecht
Jena 1900
(zit. HELLWIG Anspruch)

HELLWIG, Konrad
Die Verträge auf Leistung an Dritte
Leipzig 1899
(zit. HELLWIG Verträge)

HENKEL, Heinrich
Einführung in die Rechtsphilosophie
München-Berlin 1964

HENKEL, Heinrich
Festschrift für Edmund MEZGER
1954, Seite 267

HENLE, Rudolf
Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts
I Allgemeiner Teil, Berlin 1926

HIMMELMANN, Walter
Die Verrechnung von Wiederaufbau- und
Instandsetzungsbeiträgen des Mieters
MDR 1952, 196

HUBER, Ernst Rudolf
Wirtschaftsverwaltungsrecht
2.Band 1954

HUBMANN, Heinrich
Die Grundsätze der Interessenabwägung
AcP 155, 85

HÜBNER, Heinz
Der Rechtsverlust im Mobiliarsachenrecht
Erlangen 1955

v.IHERING, Rudolph
Der Zweck im Recht
Band I, Leipzig 1877

KNOLL, Ernst
Eingriffe in das Eigentum im Zuge der Umgestaltung gesellschaftlicher Verhältnisse
AöR 79, 54

KOHLER, Josef
Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts
1.Band, Allgemeiner Teil, Berlin 1906

KOHLER, Josef
Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts
2.Band, Vermögensrecht
Erster Teil Schuldrecht, Berlin 1906
(zit. KOHLER SR)

KOHLER, Josef
Der Prozeß als Rechtsverhältnis
Mannheim 1888
(zit. KOHLER Prozeß)

KRAUSE, Hermann
Allgemeine Geschäftsbedingungen und das
Prinzip des sozialen Rechtsstaats
BB 1955, 265

KRESS, Hugo
Lehrbuch des Besonderen Schuldrechts
München-Berlin 1934

KRÜCKMANN
Die absolute Wirkung der Miete
LZ 1931, 1169

KÜBLER, Karl
Eigentum verpflichtet - eine zivilrechtliche Generalklausel
AcP 159, 236

KÜHNE, Eberhard
Versprechen und Gegenstand
(Ein Beitrag zum System der Belastung)
AcP 140, 11

LANGHEINEKEN, P.
Anspruch und Einrede nach dem Deutschen
Bürgerlichen Gesetzbuche 1903

LARENZ, Karl
Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen
Rechts, München 1967
(zit. LARENZ AT)

LARENZ, Karl
Lehrbuch des Schuldrechts
Band I, Allgemeiner Teil
10.Auflage, München 1970
(zit. LARENZ SR I)

LARENZ, Karl
Lehrbuch des Schuldrechts
Band II, Besonderer Teil
10.Auflage, München 1972
(zit. LARENZ SR II)

LARENZ, Karl
Methodenlehre der Rechtswissenschaft
1.Auflage 1960
2.Auflage 1969 Berlin-Heidelberg-New York
(zit. LARENZ ML)

LARENZ, Karl
Wegweiser zu richterlicher Rechtsschöpfung
in "Festschrift für Arthur NIKISCH"
Tübingen 1958
(zit. LARANZ Wegweiser)

LARENZ, Karl
Richterliche Rechtsfortbildung als
methodisches Problem
NJW 1965, 1

LARENZ, Karl
Anmerkung zum Urteil des Landesarbeits-
gerichts Düsseldorf vom 14.7.1955
AP Nr.1 zu § 614

LEO, M.
JW 1919, 674

LEONHARD, Franz
Allgemeines Schuldrecht des BGB
München-Leipzig 1929
(zit. LEONHARD A)

LEONHARD, Franz
Besonderes Schuldrecht des BGB
München-Leipzig 1931
(zit. LEONHARD B)

LÖNING, George
Die Grundstücksmiete als dingliches Recht
1930

v.LÜBTOW, Ulrich
Hand wahre Hand in "Festschrift der
Berliner juristischen Fakultät zum
31.Deutschen Juristentag (1955)", S.120

LUTZ, Johannes
Lexikon des Miet- und Wohnungsrechts
2.Auflage 1961

MEIER-HAYOZ, Arthur
Das Vertrauensprinzip beim Vertragsabschluß
Aarau 1948

MERKERT, Erich
Der Baukostenzuschuß des Mieters
in der Zwangsverwaltung
NJW 1951, 697

MICHAELIS, Alfred
Soziales Mietrecht
in Das Mietgericht 1931, 120

MITTELSTEIN, Max
Die Miete nach dem Rechte des
Deutschen Reichs
3.Auflage, Berlin 1913

MOLITOR, Erich
Schuldrecht II Besonderer Teil
7.Auflage 1965

MÜLLER, Wulf
Mieter contra Sparer
Z.f.d.ges.Kred.W. 1952, 55

MÜNZEL, Karl
Gutgläubiger Erwerb des Unternehmer-
pfandrechts
NJW 1961, 1233

OBERNECK
JW 1919, 674

OERTMANN, Paul
Zum Begriff und zur Bedeutung der Rechts-
bedingung, 1924

OERTMANN, Paul
Zur Struktur der subjektiven Privatrechte
AcP 123, 129

OPPENHEIM, Max
Rechtsfolge von Mietvorauszahlungen und
anderen Verfügungen über künftigen Mietzins
JW 1933, 888

OSCHMANN-PERGANDE
Baukostenzuschuß und Abstandszahlung
Köln-Braunsfeld 1958

PAGENKOPF, Hans
Freiheit und Bindung des Eigentums
NJW 1952, 1193

PEE, Wilhelm
JW 1933, 1658

PERGANDE, Hans-Günther
Erschwerung der Wohnungsbaufinanzierung
durch die jüngste Rechtsprechung des BGH
zur Mietvorauszahlung
NJW 1970, 1171

PERGANDE, Hans-Günther
Die "Baukostenzuschüsse", ihre preisrechtliche Zulässigkeit und Sicherung der Mieter
NJW 1951, 737

RADBRUCH, Gustav
Rechtsphilosophie
6.Aufl., Stuttgart 1963

RAISER, Ludwig
Vertragsfreiheit heute
JZ 1958, 1

ROQUETTE, Hermann
Rückerstattung verlorener Baukostenzuschüsse
NJW 1962, 129

RÜMELIN, G.
Obligation und Haftung
AcP 68, 151

RÜMELIN, Max
Die Rechtssicherheit, 1924

RUDOLPH, Kurt
Die Bindungen des Eigentums
Tübingen 1960

RUTH
JW 1932, 3013

SAUER, Wilhelm
Juristische Methodenlehre
Stuttgart 1940

SCHMALENBACH, Eugen
Die Beteiligungsfinanzierung
7.Auflage 1949

SCHOLZ, Franz
Die Rechtssicherheit
Berlin 1955

SCHUSTER, Werner
Zum Thema Mietvorauszahlungen
MDR 1960, 181

SENG, Emil
Die Rechtsprechung über die Baukostenzuschüsse
Z.f.d.ges.Kred.W. 1954, 251

STAMMLER, Rudolf
Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren
Berlin 1897

STAMMLER-SCHOLLMEYER
Schuldverhältnisse Band II
Berlin 1897

STILLSCHWEIG
JW 1927, 2583

STILLSCHWEIG
JW 1930, 769

v.TUHR, Andreas
Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts - Zweiter Band
1. und 2. Hälfte 1914
(zit. v. TUHR I und II)

TITZE, Heinrich
Bürgerliches Recht
Recht der Schuldverhältnisse
4.Auflage, Berlin-Göttingen-Heidelberg
unveränderter Neudruck 1948

TWORECK, Klaus
Die Interessenkollision zwischen Aufbaumieter und Realkreditgläubiger
Diss. Mainz 1961

VAHLBRUCH
Mieterbaukostenzuschüsse und Realkredit
BB 1953, 189

VALENTIN, Richard
Das Prinzip des Gutglaubensschutzes und seine Abwandlungen
Diss. München 1968

WACHINGER
Zur Frage der Erzwingbarkeit der Blutentnahme für die Blutgruppenbestimmung.
Bedeutung und Grenzen der richterlichen Interessenabwägung
JW 1932, 3041

WARFSMANN, Gerald
Enteignung und Eigentumsbindung im Baurecht
Diss. Göttingen 1962

WEBER, Werner
Zur Problematik von Enteignung und Sozialisierung nach neuem Verfassungsrecht
NJW 1950, 401

WEINSHEIMER, Willi
Auslegung von Ausnahmevorschriften mit "eindeutigem" Wortlaut
NJW 1959, 566

WEITNAUER, H.
Finanzierungsbeiträge des Mieters und Kündigungsrecht des Erstehers
Der Betrieb 1954, 796

WERSCHE, Dietrich
"Eigentum verpflichtet", der Weg des Reichsgerichts AcP 135, 328

WESTERMANN, Harry
Sachenrecht
5.Auflage 1966

WINDSCHEID, Bernard
Lehrbuch des Pandektenrechts
1.Band 5.Auflage, Stuttgart 1879

WÖRBELAUER, H.
Das Kündigungsrecht des Erstehers in der Zwangsversteigerung
NJW 1953, 1729

WOLFF-RAISER
Lehrbuch zum Sachenrecht
10.Bearbeitung, Tübingen 1957

WUNNER, Sven-Erik
Baukostenzuschuß und Bereicherungsrecht
NJW 1966, 2285

ZIMMERMANN, Wilhelm
Die Rechtswirkungen der Veräußerung und der Belastung des vermieteten Grundstücks auf das Mietverhältnis nach Deutschem Rechte
München 1901

ZIETELMANN, Ernst
Lücken im Recht
Leipzig 1903

ZWEIGERT, Konrad
Rechtsvergleichend - Kritisches zum gutgläubigen Mobiliarerwerb in RabelsZ 23, 1

## II. Kommentare

ERMAN, Walter
Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
1. und 3.Band, 4.Auflage, Münster 1967
(zit. ERMAN Bearbeiter)

JAECKEL-GÜTHE
Kommentar zum Zwangsversteigerungsgesetz
7.Auflage, Berlin 1929

KIEFERSAUER-GLASER
Grundstücksmiete
10.Auflage 1965

KORINTHENBERG-WENZ
Kommentar zur Zwangsversteigerung und
Zwangsverwaltung
6.Auflage, Köln 1934

MANGOLD-KLEIN
Das Bonner Grundgesetz
Kommentar, Band I, 2.Auflage
Berlin-Frankfurt 1957

OERTMANN, Paul
Bürgerliches Gesetzbuch
Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse
3. und 4.Auflage, Berlin 1910

PALANDT
Bürgerliches Gesetzbuch
31.Auflage, München 1972
(zit. PALANDT Bearbeiter)

PERGANDE, Hans-Günther
Wohnraummietrecht, Kommentar
München-Berlin 1965 ff.

PLANCK
Kommentar zum BGB
Band II, Recht der Schuldverhältnisse
2. Hälfte Besonderer Teil 1928

ROQUETTE, Hermann
Das Mietrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs
Systematischer Kommentar, Tübingen 1966

Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar
herausgegeben von Reichsgerichtsräten und
Bundesrichtern
II.Band, 1.Teil, Einzelne Schuldverhältnisse
§§ 433-701, 11.Auflage, Berlin 1960
(zit. RGRK)

SOERGEL-SIEBERT
Bürgerliches Gesetzbuch
Band 2, Schuldrecht I (§§ 241-610)
10.Auflage 1967
(zit. SOERGEL-SIEBERT Bearbeiter)

STAUDINGER,
Kommentar zum BGB
Band II, Recht der Schuldverhältnisse
Teil 1 b (§ 242) 11.Auflage 1961,
Teil 2 (§§ 433-610) 11.Auflage 1955,
Band III, Sachenrecht Teil 1 (§§ 854-1017),
11.Auflage 1956
(zit. STAUDINGER Bearbeiter)

## III. Sonstige, abgekürzt zitierte Werke

Bericht des Ausschusses für Rechtswesen und Verfassungsrecht vom 12.6.1953, Bundestags-Drucksache Nr. 4452 Nr. 14 a S. 5-8
(zit. BT-Drucksache)

Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin 1896
(zit. Denkschr.)

DORNSEIFF, Franz
Der Deutsche Wortschaftz nach Sachgruppen
7.Auflage, Berlin 1970

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches
(zit. Prot.)

WAHRIG, Gerhard
Deutsches Wörterbuch
Sonderausgabe Gütersloh 1970

## Verzeichnis der Abkürzungen

| | |
|---|---|
| a.A. | anderer Ansicht |
| a.a.O. | am angeführten Ort |
| Abs. | Absatz |
| AcP | Archiv für zivilistische Praxis |
| AG | Amtsgericht |
| Anm. | Anmerkung |
| AöR | Archiv für öffentliches Recht |
| AP | Arbeitsrechtliche Praxis, seit 1.7.1954, Nachschlagwerk des Bundesarbeitsgerichts |
| BAG | Bundesarbeitsgericht |
| BB | Der Betriebsberater |
| BGB | Bürgerliches Gesetzbuch |
| BGBl | Bundesgesetzblatt |
| BGH | Bundesgerichtshof |
| BGHZ | Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen |
| BKZ | Baukostenzuschuß |
| BVerfGE | Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts |
| Diss. | Dissertation |
| f. | die folgende Seite |
| ff. | die folgenden Seiten |
| GG | Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland |
| GruchBeitr | Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts |
| h.L. | herrschende Lehre |
| h.M. | herrschende Meinung |
| i.d.F. | in der Fassung |
| i.V.m. | in Verbindung mit |
| JR | Juristische Rundschau |
| JW | Juristische Wochenschrift |
| JZ | Juristische Zeitung |

| | |
|---|---|
| KO | Konkursordnung i.d.F. vom 20.5.1898 |
| LM | Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs |
| LZ | Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht |
| MDR | Monatsschrift für Deutsches Recht |
| MVZ | Mietvorauszahlung |
| NJW | Neue Juristische Wochenschrift |
| OLG | Oberlandesgericht |
| OVG | Amtliche Sammlung des Preußischen Oberverwaltungsgerichts |
| Prot. | Protokolle der 2. Kommission zum Entwurf des BGB |
| RabelsZ | Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht , begründet von Ernst Rabel |
| RG | Reichsgericht |
| RGBL | Reichsgesetzblatt |
| RGZ | Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen |
| S. | Seite |
| SeuffA | Seufferts Archiv für Entscheidungen |
| str. | streitig |
| st.Rspr. | ständige Rechtsprechung |
| Vorb. | Vorbemerkung |
| WBauG (alt) | 1.Wohnungsbaugesetz vom 24.4.1950 |
| WEG | Wohnungseigentumsgesetz vom 15.3.1951 |
| WM | Wertpapier-Mitteilungen |
| WV | Weimarer Verfassung vom 11. August 1919 |
| Z.f.d.ges.Kred.W. | Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen |
| ZMR | Zeitschrift für Miet- und Raumrecht |
| ZVG | Gesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung vom 24.3.1897 |
| z.Z. | zur Zeit |

## A) EINLEITUNG UND PROBLEMSTELLUNG

### 1. Der Baukostenzuschuß

Baukostenzuschuß ist der Finanzierungsbeitrag des am Aufbau eines Hauses interessierten Mieters, der für die Zusage, in dem neuerbauten Haus eine Wohnung (oder andere Mieträume, z.B. Geschäftsräume) zu erhalten, eine bestimmte Summe an den Bauherrn zahlt[1].

Der Baukostenzuschuß war besonders im ersten Jahrzehnt nach dem zweiten Weltkrieg sehr verbreitet[2], eine Begleiterscheinung der regen Bautätigkeit nach der Währungsreform von 1948[3]. Er trat aber auch schon nach dem ersten Weltkrieg vereinzelt auf und wird auch in Zukunft, neben Krediten aus öffentlicher und privater Hand und dem Eigenkapital des Bauherrn ein wichtiges Finanzierungsmittel für den Aufbau eines Hauses darstellen[4].

Er ist, aus den Bedürfnissen des Verkehrs erwachsen, eine tatsächliche Erscheinung und besitzt deshalb auch keine festen rechtlichen Konturen[5]. Im Laufe der Zeit haben sich aber zwei Arten[6] herausgebildet, und zwar der "verlorene" und der "anrechenbare" Baukostenzuschuß.

---

1) ESSER SR II S.101, SOERGEL-SIEBERT-MEZGER Vorbem.49 zu § 535.

2) TWORECK S.2, BGH 6, 204; SOERGEL-SIEBERT-MEZGER a.a.O.

3) SOERGEL-SIEBERT-MEZGER a.a.O.

4) TWORECK S.2, PERGANDE NJW 1970, 1171.

5) WUNNER NJW 1966, 2285.

6) WUNNER a.a.O.

a) Der anrechenbare Baukostenzuschuß

Bei dem anrechenbaren Zuschuß wird dieser auf Grund einer Vereinbarung zwischen Vermieter und Mieter - die meist im Mietvertrag erfolgt, aber auch später getroffen werden kann - in bestimmter Höhe auf den festgelegten Mietzins angerechnet oder mit ihm verrechnet. Rechtlich stellt dieser Zuschuß dann entweder eine Mietvorauszahlung auf künftig zu zahlende Miete oder ein ratenweise zurückzuerstattendes Darlehen dar, dessen Raten mit dem in Zukunft fälligen Mietzins verrechnet oder gegen ihn aufgerechnet werden[1]. Der vom Mieter in Zukunft in bar zu entrichtende Mietzins ist in jedem Falle geringer als der im Mietvertrag vereinbarte. Man bezeichnet den anrechenbaren Baukostenzuschuß auch als "abwohnbaren" Baukostenzuschuß[2].

b) Der verlorene Baukostenzuschuß

Im Gegensatz dazu findet bei dem "verlorenen" Baukostenzuschuß weder eine Verrechnung mit der Miete statt, noch wird er als Vorauszahlung auf diese behandelt[3].

---

1) BGH 26, 204; WUNNER NJW 1966, 2285; ESSER SR II S.100 f.

2) Vgl. BGH MDR 1959, 207 = NJW 1969, 380, ESSER SR 2 S.101.

3) Nach WUNNER NJW 1966, 2285, ist dies das wesentliche Merkmal; anders ROQUETTE NJW 1962, 129: "Wesentliches Merkmal ist, daß kein vertragliches Recht auf Rückerstattung begründet ist."

Grundsätzlich wird dieser Zuschuß auch nicht zurückerstattet[1]. Unter besonderen Umständen kann aber bei vorzeitiger Auflösung des Mietvertrages ein Rückgewährungsanspruch des Mieters bestehen[2]. Mitunter wird auch mit Rücksicht auf einen geleisteten "verlorenen" Zuschuß der Mietzins niedriger festgesetzt, als es ohne den Zuschuß geschehen wäre[3]. Diesen Typ könnte man als "unechten verlorenen" Zuschuß bezeichnen.

Im Rahmen dieser Arbeit ist nur der sogenannte anrechenbare oder abwohnbare Baukostenzuschuß[4] relevant, auf Grund dessen der Mieter einen geringeren Mietzins zu entrichten hat, als im Mietvertrag vereinbart.

## 2. Der Grundsatz "Kauf bricht nicht Miete"

Erfolgt nun ein Eigentumswechsel an dem vermieteten Grundstück - sei es durch Veräußerung, Zwangsversteigerung oder Veräußerung durch den Konkursverwalter -, oder wird das Grundstück mit einem dinglichen Recht belastet, durch dessen Ausübung dem Mieter der Gebrauch der Mietsache

---

1) § 14 der 2. Berechnungsverordnung v.17.10.57 - BGBl I S.1719.

2) Vgl. Art. VI § 1 ff. des Gesetzes zur Änderung des zweiten Wohnungsbaugesetzes, anderer wohnungsbaurechtlicher Vorschriften und über die Rückerstattung von Baukostenzuschüssen vom 21. Juli 1961 (BGBl Teil I S.1041 ff.).

3) TWORECK S.16; vgl. BLOMEYER BB 1963, 661, WEITNAUER Der Betrieb 1954, 796; BULL BB 1950, 886.

4) Im folgenden auch als "BKZ" abgekürzt.

entzogen würde[1], so gilt, sofern Eigentumswechsel oder Belastung des Grundstücks oder des Grundstückteils (z.B. Wohnung)[2] nach der Überlassung[3] an den Mieter erfolgen, der in § 571 Abs.1 BGB ausgesprochene Grundsatz: "Kauf bricht nicht Miete"[4].

Dieser Grundsatz besagt, daß der Erwerber des Grundstücks für die Dauer seines Eigentums[5] anstelle des Vermieters in das Mietverhältnis mit dem Mieter eintritt[6],[7]. Die Vermieterstellung

---

1) Z.B. Belastung des Grundstücks mit einem dinglichen Erbbaurecht § 1 der Verordnung über das Erbbaurecht vom 15. Januar 1919 RGBl 72, Ber. 122, mit einem Nießbrauch § 1030 BGB einem dinglichen Wohnungsrecht § 1093 BGB.

2) Vgl.§ 580 BGB.

3) Zu diesem Begriff vgl. MITTELSTEIN S.607 ff.

4) Genauer: "Veräußerung bricht nicht Miete", da der Eigentumsübergang entscheidend ist und nicht der obligatorische Vertrag.

5) bzw. der dinglich Berechtigte für die Dauer seiner Berechtigung; vgl. § 577 S.1 BGB für die Belastung mit einem dinglichen Recht; § 57 ZVG im Falle der Zwangsversteigerung; § 1 Abs.4 KO für den Fall der Veräußerung durch Konkursverwalter. Das gleiche gilt bei der Begründung eines Wohnungs- oder Teileigentums vgl. §§ 3, 8 WEG, ebenso gemäß § 1056 Abs.1 BGB für den Fall des Erlöschens des Nießbrauchs gem. § 37 WEG für den Heimfall eines Dauerwohn- oder Nutzungsrechts und gem. § 2135 BGB im Falle der Beendigung der Vorerbschaft.

6) So die h.M. vgl. LARENZ SR II S.159£und die dortigen Nachweise bei Anm.2; a.A. (Zustandsobligation) OERTMANN 3 b zu § 571, LÖNING S.161, RGRK 6 zu § 571.

7) Das gleiche gilt bei Vorliegen eines Pachtverhältnisses, vgl. § 581 Abs.2 BGB.

mit all ihren Rechten und Pflichten geht kraft Gesetzes[1] auf den Erwerber des Grundstücks[2] über.
Jetzt ist er zur Gebrauchsgewährung verpflichtet und ihm steht das Recht auf den Mietzins zu. Dieses Recht erwirbt er nicht als Rechtsnachfolger des Vermieters, sondern originär auf Grund seines Eigentums[3].

Da der Erwerber gem. § 571 Abs.1 in die während der Dauer seines Eigentums aus dem Mietverhältnis sich ergebenden Rechte und Verpflichtungen eintritt, erlangt er ein Recht auf Mietzins nur, wenn und soweit sich ein solches während der Dauer seines Eigentums aus dem Mietverhältnis ergibt. Wie diese Formulierung des Gesetzgebers genau zu verstehen ist, wird später[4] ausführlich dargelegt. Der Veräußerer (Vermieter) ist jedenfalls Nichtgläubiger des Mietzinses, der sich nach dem Eigentumsübergang, während der Eigentumszeit des Erwerbers aus dem Mietverhältnis ergibt. Verfügungen des Veräußerers über diesen Mietzins (z.B. Erlaß, Abtretung, Aufrechnung) wären demnach unwirksam, denn der Veräußerer handelt insoweit als Nichtberechtigter. Ebenso wären Zahlungen des Mieters an den Veräußerer, die diesen Mietzins beträfen, unwirksam, da sie an einen Nichtberechtigten geleistet würden[5].

---

1) h.M. vgl. LARENZ a.a.O., CROME Miethe, S.37; KRESS S.81 ff., TITZE S.120; STAUDINGER-KIEFERSAUER 37 zu § 571.

2) Oder auf den Ersteher, den Erwerber vom Konkursverwalter oder den sonst dinglich Berechtigten.

3) Vgl. ROQUETTE 1 zu § 571 und die Nachweise auf S. 4 , Anm.6 und oben Anm.1.

4) Siehen unten S. 22 ff.

5) Vgl. LARENZ SR II S. 161.

3. Interessengegensatz zwischen Mieter und Erwerber im Falle der Veräußerung des vermieteten Grundstücks

Wie ist nun aber die Rechtslage, wenn der Mieter, wie das häufig geschieht, den Mietzins im voraus für einen längeren Zeitraum entrichtet oder einen BKZ geleistet hat, das vermietete Grundstück aber vor Ablauf dieses Zeitraums oder vor vollständiger Abwohnung des BKZ veräußert wird?

Hierzu ein Beispiel: A hat von B für die Dauer von 5 Jahren eine Wohnung gemietet. Der Mietzins beträgt DM 1.200,-- jährlich. Vertragsgemäß zahlt A dem B schon bei dem Einzug in die Wohnung den Mietzins für die gesamte Mietzeit von 5 Jahren, also insgesamt DM 6.000,--. Nach Ablauf von 2 Jahren veräußert B das Grundstück an C. Dieser tritt gem. § 571 Abs.1 in das Mietverhältnis mit A ein.

Kann C nun von A für die 3 Jahre, in denen er dem A den Gebrauch der gemieteten Wohnung gewähren muß, den vereinbarten Mietzins von jährlich DM 1.200,--, insgesamt also DM 3.600,-- verlangen, oder kann sich A auf die an B bereits geleistete Zahlung berufen?

Wäre A andererseits berechtigt, dem Erwerber C nur einen jährlichen Mietzins von DM 600,-- zu zahlen, wenn er dem B für den Aufbau des Hauses einen Zuschuß von DM 3.000,-- geleistet hätte, der jeweils in Höhe von DM 600,-- mit dem jährlichen Mietzins von DM 1.200,-- verrechnet werden sollte?

Der Erwerber ist natürlich bestrebt, direkt vom

Mieter die Zahlung des vollen Mietzinses zu erreichen, da er diesem ab dem Zeitpunkt des Eigentumsübergangs ja auch den Gebrauch der Mietsache gewährt.

Der Mieter versucht andererseits, die nochmalige Zahlung an den jetzigen Eigentümer zu vermeiden. Er würde zwar in Höhe der an den Erwerber nochmals geleisteten Mietzinszahlung einen Bereicherungsanspruch gegen den früheren Vermieter (Veräußerer) erlangen. Die Erfüllung dieses Anspruchs müßte er aber erst durchsetzen, während er selbst sofort bares Geld auflegen müßte. Besonders für die Mieter aus finanziell schwächeren Schichten würde dies eine schwere Belastung bedeuten[1]. In noch größerem Maße gilt dies für den Mieter, der einen Baukostenzuschuß, der mit dem laufenden Mietzins verrechnet werden soll, meist unter persönlichen und finanziellen Opfern aufgebracht hat, um überhaupt eine Wohnung zu erhalten[2].

## 4. Gesetzliche Bestimmungen, die für die Lösung dieses Konflikts in Betracht kommen

Diesen Interessengegensatz zwischen Erwerber und Mieter versuchte der Gesetzgeber in den §§ 573 ff. BGB zu lösen. In § 573[3] erklärt er Verfügungen

---

1) Meistens ist der Vermieter auch in Vermögensverfall geraten, da die Zwangsversteigerung durchgeführt wird, so daß der Anspruch des Mieters auch gefährdet ist. Vgl. BGH NJW 1970, 94.

2) MERKERT NJW 1951, 698.

3) Im folgenden sind alle Paragraphen ohne nähere Bezeichnung solche des BGB.

des Vermieters über Mietzins, der auf die Zeit der Berechtigung des Erwerbers entfällt, und in § 574 erklärt er die Entrichtung des Mietzinses und sonstige Rechtsgeschäfte zwischen Mieter und Vermieter über die Mietzinsforderung dem Erwerber gegenüber in bestimmtem Umfang für wirksam.

§ 573 legt fest, daß Verfügungen des Vermieters über Mietzins, der auf die Zeit der Berechtigung des Erwerbers entfalle, diesem gegenüber insoweit wirksam sind, als sie sich auf den Mietzins für den laufenden Kalendermonat und, wenn das Eigentum nach dem 15. des Monats übergehe, auf den Mietzins des folgenden Monats beziehe. Außerdem müsse der Erwerber jede Verfügung gegen sich gelten lassen, soweit er sie bei Eigentumsübergang kenne.

In § 574 Satz 1 werden Rechtsgeschäfte zwischen Mieter und Vermieter, insbesondere die Entrichtung des Mietzinses, dem Erwerber gegenüber für wirksam erklärt, soweit sie den Mietzins des laufenden bzw. des folgenden Monats betreffen, in dem der Mieter Kenntnis vom Eigentumsübergang erlangte.

Den §§ 573 und 574 inhaltlich entsprechende Bestimmungen finden sich im Hypothekenrecht (§ 1124 Abs.2), im Konkursrecht (§ 21 Abs. KO) und im Zwangsvollstreckungsrecht (§ 57 b ZVG).

## 5. Das Ergebnis bei Anwendung dieser Normen auf den BKZ

Bei Anwendung dieser Normen auf den Fall des Mieters, der einen BKZ geleistet hat, der mit dem

laufenden Mietzins verrechnet werden soll, wären die Verrechnungsabreden dem Erwerber gegenüber nur im Rahmen dieser Vorschriften wirksam. Der Erwerber müßte die Verrechnungsabreden nur insoweit gegen sich gelten lassen, als sie sich auf die Miete des Monats oder des folgenden Monats beziehen, in dem der Mieter Kenntnis vom Eigentumsübergang erhält (§ 574 Satz 1). Für die folgende Zeit wäre der Mieter verpflichtet, den vollen vereinbarten Mietzins zu entrichten.[1] Dieses Ergebnis erschien den Betroffenen wenig einleuchtend, so daß sich die Rechtsprechung immer wieder mit diesem Problem zu beschäftigen hatte.

## 6. Die Rechtsprechung zu dem Konflikt zwischen Mieter und Erwerber

### a) Die Rechtsprechung des RG und Kritik dieser Rechtsprechung

Das Reichsgericht löste den Interessenkonflikt zwischen Erwerber und Mieter auf folgende Weise: Es entschied, daß jede Mietvorauszahlung, ohne Rücksicht darauf, ob als BKZ geleistet oder nicht, dem Erwerber gegenüber unbeschränkt wirksam sei, sofern sie in Übereinstimmung mit dem ursprünglichen Mietvertrag erfolge. Das RG verstand darunter den Fall, daß die Vorauszahlung bei Abschluß des Mietvertrages und nicht erst zu einem späteren Zeitpunkt zwischen Mieter und Vermieter vereinbart wurde.

---

1) Im Verhältnis zum Mieter ist § 574 allein anwendbar, da § 573 nur für Verfügungen des Vermieters zugunsten eines Dritten glt. Vgl. unten S. 71 ff.

Nach Auffassung des RG erhielt der Erwerber bei vertragsgemäßer Vorauszahlung insoweit keinen Anspruch auf Mietzins. Ein Anspruch auf Mietzins stünde ihm, da er kraft Gesetzes (§ 571 Abs.1) für die Dauer seines Eigentums in die aus dem Mietverhältnis sich ergebenden Rechte des Vermieters eintrete, nur insofern zu, als er aus dem Mietvertrag erwachse[1]. Sei deshalb der Mietzins nicht in Teilbeträgen, die nach dem Ablauf einzelner, auf die Mietzeit verteilter Zeitabschnitte fällig werden, zu entrichten, sondern nach dem Mietvertrag in seinem vollen Betrage zu einer Zeit, die noch vor der Veräußerung des Grundstücks liege, zu zahlen, so erlange der Erwerber Mietzinsansprüche überhaupt nicht[2].

Diese Ansicht des Reichsgerichts erhielt teilweise Zustimmung[3], begegnete aber auch heftiger Kritik. Es wurde vor allem die Unterscheidung des RG in Vorauszahlung auf Grund Vereinbarung im ursprünglichen Mietvertrag und auf Grund späterer zwischen Vermieter und Mieter getroffener Vereinbarung und die daraus folgende unterschiedliche rechtliche Behandlung angegriffen.
Eine Mietvorauszahlung sei immer vertragsgemäß, da der Mieter nicht ohne Grund vorausbezahle. Es könne deshalb keine Bedeutung haben, ob der ur-

---

1) RGZ 94, 281.

2) RGZ 127, 117; RG Seuff.Arch.79 Nr. 23; RGZ 136, 407 (413); RGZ 144, 194.

3) OLG Hamm JW 1929, 3257; OLG Stettin JW 1933, 926; KG JW 1931, 2175; OLG Breslau JW 1928, 2571; OLG Königsberg JW 1932, 3013; JW 1927, 2583; ABENHEIMER JW 1930, 2912; RUTH JW 1932, 3013; OBERNECK JW 1919, 674.

sprüngliche Mietvertrag oder der modifizierte Mietvertrag diese Vereinbarung enthalte[1]. Das Gesetz spreche in den §§ 573, 574 von dem auf die Zeit der Berechtigung des Erwerbers entfallenden Mietzins. Diese Vorschriften bezögen sich deshalb auf den Mietzins, der sich als Entgelt für den Mietgebrauch für den genannten Zeitraum darstelle, nicht auf den Mietzins, der in dieser Zeit fällig werde. Das Gesetz wolle dem Grundstückserwerber zur Entschädigung für den Eintritt in die Vermieterpflichten das Recht auf den Mietzins, der auf seine Eigentumszeit entfalle, in bestimmten Grenzen sichern[2].

Dies würde aber vereitelt, wenn man auf die im Mietvertrag vereinbarte Mietvorauszahlung die §§ 573, 574 nicht anwenden würde.

Der Erwerber wäre dann nicht besser gestellt als ein einfacher Zessionar. Wenn die Ansicht des Reichsgerichts zuträfe, wären die §§ 573, 574 überflüssig[3].

Die Gegner der Auffassung des Reichsgerichts machten auch geltend, daß durch diese Auslegung der §§ 573, 574 und des § 1124 Abs.2 eine Gefährdung des Realkredits eintrete, da dann die laufenden Mietzinsansprüche nicht mehr zur Befriedigung der Hypothekengläubiger herangezogen werden könnten.

Das Reichsgericht blieb jedoch bei seiner Rechtsprechung.

---

1) OPPENHEIM JW 1933, 888; LG Berlin JW 1935, 3654; BECKER JW 1930, 3198; LEO JW 1919, 674; BENDIX JW 1919, 575.

2) Vgl. RGZ 94, 281 (Vorderrichter); OPPENHEIM JW 1933, 88.

3) So bes. OPPENHEIM a.a.O.; STILLSCHWEIG JW 1927, 2583 Anm.; ders. JW 1930, 769.

b) Die Rechtsprechung des BGH

Die erste Entscheidung des Bundesgerichtshofs zu diesem Problem erfolgte in einer Entscheidung vom 6.6.1952, die u.a. veröffentlicht wurde in BGHZ Band 6, Seite 202 ff. Es lag folgender Sachverhalt zugrunde: Die Mieter hatten einen Baukostenzuschuß von DM 4.000,-- geleistet, mit dem jeweils 50 % der Monatsmiete verrechnet werden sollten, so daß nur die Hälfte des vereinbarten Mietzinses bar zu bezahlen war. Als nach kurzer Zeit über das Vermögen des Vermieters der Konkurs eröffnet wurde, verlangte der Konkursverwalter Zahlung der vollen Miete, da es sich bei der Verrechnungsabrede um eine Vorausverfügung über den Mietzins handele, die gem. § 21 Abs.2 KO der Konkursmasse gegenüber unwirksam sei.

Nachdem der BGH unter Bezugnahme auf RGZ 127, 117 festgestellt hatte, daß § 21 Abs.2 KO den gleichen Schutz gewähre wie er dem Hypothekengläubiger nach § 1124 Abs.2 zukomme, entschied er, daß die als BKZ geleistete Mietvorauszahlung auch dem Konkursverwalter gegenüber wirksam sei. Denn wirtschaftlich betrachtet, stamme die kraft der Vorauszahlung noch nicht laufend vergütete Teilnutzung so lange nicht aus dem Vermögen des Vermieters, sondern aus dem des Mieters, bis der Vorschuß aufgebraucht sei. Die Vorauszahlung dürfe also für die Anwendung der Bestimmungen über die Wirksamkeit einer Vorausverfügung nicht anders behandelt werden, als wenn der Vermieter für den Zeitraum, auf den sie sich beziehe, eine herabgesetzte Miete mit dem Mieter vereinbart hätte.

Der BGH knüpft damit an die Gedankengänge des Reichsgerichts in Band 136, Seite 407 ff. an. Hier

handelte es sich um Instandsetzungsarbeiten am Pachtobjekt, die der Pächter finanziert hatte. Den aufgewendeten Betrag wollte er, wie im Vertrag vereinbart, auch dem Zwangsverwalter gegenüber mit der laufenden Miete verrechnen. Das Reichsgericht entschied in Übereinstimmung mit seiner früheren Rechtsprechung[1], daß es sich bei der Verrechnungsabrede nicht um eine Vorausverfügung handelte, da die Abrede der Sache nach eine Bestimmung des Mietzinses darstelle. Es führte weiter aus, daß die dem Pächter nach dem Vertrag gebührende Nutzung zu einem erheblichen Teil nicht aus dem Vermögen des Verpächters, sondern aus dem Vermögen des Pächters stammen solle, wenn vereinbart sei, daß letzterer die Instandsetzungsarbeiten ausführen werde. Diesem Umstand komme, nach dem Grundgedanken des Mietrechts entscheidende Bedeutung für die Bemessung des Mietzinses zu. Die Abrede sei deshalb wesentlich für die Bemessung, nicht für die Begleichung des Mietzinses.

Der BGH entwickelte seine Rechtsprechung in der Entscheidung Band 15, Seite 296[2] fort. Hier hob er die vom RG getroffene Unterscheidung zwischen Vereinbarung der Vorauszahlung im ursprünglichen Mietvertrag und nachträglicher Vereinbarung auf, indem er entschied, daß die Wirksamkeit der Vorauszahlung nicht davon abhinge, daß sie im ursprünglichen Mietvertrag vereinbart sei. Vielmehr sei maßgebend, daß durch die Zuschußleistung des Mieters ein sachlicher Wert geschaffen werde, der eine mindestens später sich auswirkende Besser-

---

1) Vgl. RGZ 94, 281; RGZ 127, 117.

2) NJW 1955, 301.

stellung des späteren Eigentümers und der Gläubiger herbeiführe.

Entsprechend entschied der BGH in Band 16, Seite 31[1]. Diese Entscheidung wird ergänzt durch das Urteil desselben Senats vom 25.11.1958[2]. Der BGH betont aber hier erstmals, daß der BKZ tatsächlich wenigstens mittelbar zum Bau verwendet worden sein muß.

Der 8. Zivilsenat des BGH tritt an dieser Stelle ausdrücklich den vorgenannten Urteilen des 5. Zivilsenats bei, lehnt aber eine weitergehende Ausdehnung der Rechtsprechung zugunsten des Mieters ab, da dies einen Einbruch in das System der dinglichen Rechtsordnung bedeuten würde. Dieses Urteil kommt der Gegenmeinung, nach deren Auffassung durch die Rechtsprechung des BGH zum BKZ der Realkredit unterhöhlt werde[3], entgegen. Der BGH weist darauf hin, daß der BKZ wenigstens mittelbar zum Bau verwendet worden sein muß, was der Mieter zu beweisen habe. Im Urteil vom 11. Juli 1962[4] entscheidet der 8. Zivilsenat im Sinne seiner ständigen Rechtsprechung und betont, daß die vom BGH entwickelten Grundsätze nur auf einen BKZ, der tatsächlich zum Bau verwendet worden sei, anwendbar seien. Bei einer einfachen Mietvorauszahlung dagegen würden die §§ 573, 574 gelten. Hiermit wendet sich der BGH also ausdrücklich von der Auffassung des Reichsgerichts ab.

---

1) NJW 1955, 302.

2) VIII ZR 151, 57 = NJW 1959, 380 = WM 59, 120.

3) Vgl. OLG Bremen, ZMR 55, 75; OLG Nürnberg, Bay.JM Bl. 1955, 93; JAECKEL-GÜTHE §§ 57-57b; VAHLBRUCH BB 1953, 189; BERGMANN NJW 1949, 283.

4) BGHZ 37, 346 = NJW 1962, 1860.

Infolge der dem Mieter günstigen Rechtsprechung sannen Vermieter und Kreditinstitute auf Abhilfe: Der Mieter mußte sich verpflichten, auf die Verrechnung seines Finanzierungsbeitrags mit dem vereinbarten Mietzins für den Fall des Konkurses, der Zwangsversteigerung, der Zwangsverwaltung und der Veräußerung zu verzichten und in diesen Fällen den vereinbarten Mietzins zu entrichten[1].

Dieser Umgehung seiner Rechtsprechung in der Praxis begegnete der BGH in der neuesten Entscheidung vom 25.10.1969[2].
Es lag folgender Sachverhalt zugrunde:
Der Kläger (Mieter) hatte einen BKZ von DM 3000,-- gewährt, der mit DM 10,-- monatlich auf den vereinbarten Mietzins von DM 127,-- angerechnet werden sollte. In einer "Vereinbarung" vom 23.7.58 verzichtete der Mieter für den Fall der Zwangsverwaltung und Zwangsversteigerung des vermieteten Grundstücks zugunsten des Grundpfandgläubigers auf die Verrechnung des BKZ mit dem vereinbarten Mietzins und verpflichtete sich, den ungekürzten Mietzins zu zahlen. Nach der Zwangsversteigerung betrieb der Beklagte (Ersteher) die Räumung der vom Mieter innegehabten Wohnung und verlangte den ungekürzten Mietzins von monatlich DM 127,-- unter Berufung auf die "Vereinbarung" vom 23.5.58. Am 15.9.66 zog der Kläger aus und verlangte vom Beklagten die Rückzahlung des noch nicht abgewohnten BKZ.
Der BGH gab der Klage grundsätzlich statt. Er legte vorab dar, daß, wenn bei Beendigung des Mietverhältnisses noch der ursprüngliche Vermie-

---

1) PERGANDE NJW 1970, 1172.
2) VIII ZR 130, 68 = NJW 1970, 93.

ter Vertragspartner des Klägers wäre, dieser gem. § 557a Abs.1 den noch nicht abgewohnten Mietzins zurückerstatten müßte.
In diese Vermieterpflicht trete grundsätzlich auch der Erwerber des Grundstücks ein (§ 571), und zwar auch derjenige, der das Mietgrundstück in der Zwangsversteigerung erwerbe (§ 57 ZVG). Voraussetzung der Anwendung des § 557a Abs.1 auf den Erwerber sei jedoch, daß er die Vorauszahlungen des Mieters gegen sich gelten lassen müsse. Im vorliegenden Fall sei der BKZ, wenn auch nur mittelbar, tatsächlich zum Aufbau des Grundstücks verwendet worden, so daß der Ersteher ihn in Höhe des noch nicht abgewohnten Teiles, gemäß der ständigen Rechtsprechung des BGH[1] gegen sich gelten lassen müsse. Der in der "Vereinbarung" vom 23.7.58 ausgesprochene Verzicht des Mieters auf Verrechnung seines BKZ dem Ersteher gegenüber sei inhaltlich nichts anderes als die Bestimmung, daß im Verhältnis zum Ersteher die geleistete Mietvorauszahlung nicht wirksam sei.
Rechtlich handele es sich um einen Vertrag zugunsten Dritter. Die §§ 57 ZVG, 574 stünden zwar der Wirksamkeit einer solchen Abrede nicht entgegen, wohl aber § 557a Abs.2. Diese Vorschrift erkläre bei Mietverhältnissen über Wohnraum Vereinbarungen für unwirksam, durch die die in Abs.1 der Vorschrift bestimmte Verpflichtung zur Rückerstattung von Mietvorauszahlungen zum Nachteil des Mieters geändert werde. Als eine solche für den

---

1) BGHZ 6, 202; BGHZ 15, 296; BGHZ 16, 31; BGH NJW 1959, 380.

2) Heftigen Widerspruch fand dieses Urteil bei PERGANDE NJW 1970, 1171 ff. Er ist der Auffassung, daß die Begründung des BGH mit dem geltenden Recht kaum in Einklang zu bringen sei.

Mieter nachteilige Vereinbarung sah der BGH die besondere Abrede des Verzichts vom 23.7.58 an. Mit Rücksicht auf den Zweck des § 557a, der ein Teil des sozialen Mietrechts sei und verhindern solle, daß der Mieter, der Vorleistungen auf den Mietzins erbracht habe, bei vorzeitigem Vertragsende den nicht verbrauchten Teil seiner Vorauszahlung einbüße, erklärte der BGH die Unwirksamkeit der getroffenen "Vereinbarung".

## 7. Kritik der Rechtsprechung des BGH: Nicht am Ergebnis, sondern an der Begründung - aus dogmatischer Sicht

Der BGH wendet also die Normen, die zur Lösung des Interessenkonflikts zwischen Mieter und Erwerber (Ersteher, Hypothekengläubiger) zur Verfügung stehen, und die die Wirksamkeit von Rechtsgeschäften und Verfügungen über den Mietzins für in die Eigentumszeit des Erwerbers fallende Zeitabschnitte bestimmen[1], nicht an[2]. Er entschied vielmehr, daß ein zum Aufbau des Hauses verwendeter BKZ dem Erwerber gegenüber unbeschränkt wirksam sei und nicht nur in den zeitlichen Grenzen der §§ 573, 574. Die Wirksamkeit macht er davon abhängig, daß der BKZ von einem Mieter oder künftigen Mieter für den Aufbau des Hauses geleistet und daß er tatsächlich dazu verwendet wurde. Seine Entscheidung beruht deshalb nicht auf der Auslegung und Anwendung einer Gesetzesnorm, son-

---

1) §§ 573, 574; § 21 Abs.4 KO; §§ 1123, 1124; § 57 ZVG.

2) BGHZ 6, 202; BGHZ15, 296; BGHZ 16, 31; BGHZ 37, 346.

dern auf eigenen, von ihm selbst herausgebildeten Rechtsgrundsätzen[1], die er dem Gesetz nicht unmittelbar entnommen hat. Das Gericht behauptet damit incidenter, daß das Gesetz keinen passenden Rechtssatz enthalte, unter dem sich der gegebene Sachverhalt unmittelbar subsumieren lasse, daß die richtige, gerechte Entscheidung also nur im Wege richterlicher Rechtsschöpfung zu finden gewesen sei. Unter richterlicher Rechtsschöpfung ist hierbei die "offene Rechtsfortbildung"[2] in methodisch gesicherter Weise sowie in Übereinstimmung mit dem allgemeinen Rechtsbewußtsein und mit den anerkannten gesetzlichen oder übergesetzlichen Grundsätzen der gesamten Rechtsordnung[3] zu verstehen. Die Befugnis der Gerichte zur Rechtsfortbildung ist heute anerkannt[4]. Voraussetzung ist, daß das Gesetz[5] in bezug auf den konkreten Fall lückenhaft[6] ist, oder daß es zwar nicht lückenhaft, aber berichtigungsbedürftig ist, so daß bei seiner unmittelbaren Anwendung ein

---

1) Vgl. die Entwicklung oben S. 12 ff.

2) Offene Rechtsfortbildung im Gegensatz zu verdeckter Rechtsfortbildung = Auslegung vgl. LARENZ ML,S. 343.

3) Vgl. LARENZ ML 1960, S. 278; vgl. auch ML, S. 342 ff.

4) Vgl. LARENZ ML 1960, S.279 und die dortigen Nachweise bei Anm.2 u.ML S.345 ff.; NJW 1965, 2 f.

5) Das Gesetz de lege lata, d.h. das ganze der in den Gesetzen und im Gewohnheitsrecht sowie in einer ständigen Rechtsprechung bereits ausgeformten, zur unmittelbaren Anwendung geeigneten Rechtssätze; so LARENZ ML, S. 350.

6) LARENZ ML, S. 279; zum Lückenbegriff vgl. LARENZ NJW 1965, 1 und ML, S. 350 ff.; ENGISCH, S. 134 ff.; CANARIS, S. 140 f.; ZITELMANN, S. 27 ff.; vgl. auch SAUER, S. 280 ff.

Rechtsnotstand entstehen würde, d.h. ein Zustand, bei dem der Rechtsgedanke Schaden leiden muß[1].

Eine Rechtsfortbildung, bei der das Gericht aber, wie hier, von den konkreten Normen des Gesetzes zur Lösung eines Interessenkonflikts abweicht, bedarf einer "besonders sorgfältigen Begründung, die erkennen läßt, daß und warum sie aus rechtlichen Gründen geboten ist"[2]. Der Erkenntnisvorgang, der zu der Rechtsfortbildung geführt hat, muß auf seine Richtigkeit nachprüfbar sein, was nur möglich ist, wenn die Rechtsfortbildung mit den anerkannten Methoden[3] dogmatisch begründet wird[4].

Eine solche dogmatische Begründung gibt der BGH hinsichtlich seiner Rechtsprechung zum BKZ nicht[5]. Er bringt lediglich wirtschaftliche Gesichtspunkte - die Sachwertsteigerung durch den BKZ[6] -, bezieht sich in einigen Entscheidungen auch auf den Grundsatz von Treu und Glauben[7] und die Schutzwürdigkeit der Mieterinteressen[8] und ist im übrigen der Auffassung, daß soziale Erwägungen eine Entscheidung zugunsten des den BKZ leistenden Mieters erfordern[9], ohne die von ihm angestellten Erwägungen genauer darzulegen.

---

1) LARENZ ML S. 401; NJW 1965, 2.

2) LARENZ NJW 1965, 10.

3) Analogie, teleologische Reduktion, Natur der Sache, die immanenten Prinzipien, vgl. LARENZ NJW 1965, 5 ff.

4) LARENZ NJW 1965, 10.

5) Vgl. LARENZ SR II S.163 Anm.1.

6) Vgl. bes. BGHZ 6,202 (207).

7) BGH MDR 1959, 207 (208); MDR 1967, 297.

8) BGHZ16, 32; BGHZ 6, 207.

9) BGH MDR 1953, 473 Leitsatz.

Seine Urteile in bezug auf den BKZ liegen deshalb im Zuge der von BAUR[1] kritisierten Entwicklung, daß der Richter immer noch das Recht für sich in Anspruch nehme, sich bei der Findung des Urteils "von der Norm zu lösen", wenn dies, wie er meint, erforderlich sei, um den Einzelfall gerecht entscheiden zu können, wobei er sich formal lediglich auf die sogenannten Generalklauseln des Gesetzes, wie Treu und Glauben, die guten Sitten oder die Verkehrssitte stütze[2]. Sie gehören zur Reihe der Urteile mit nicht zu Ende gedachten Begründungen und Scheinbegründungen[3].

Es wird dem BGH deshalb auch vorgeworfen, daß die zur Begründung herangezogenen Kriterien, wie die der Werterhöhung und der Nähe des Mieters zur Sache, keine Rechtfertigung im geltenden Recht fänden[4] und die Entscheidung lediglich auf "sentimentalen"[5] Gründen beruhe, da die Vorstellung eine Rolle spiele, "daß der Aufbaumieter teilweise unter Opfern seinen BKZ zusammengekratzt habe und nun 'doppelt' zahlen solle"[6].

---

1) BAUR JZ 1957, 194 Anm.10.
2) BAUR a.a.O.
3) LARENZ NJW 1965, 10.
4) TWORECK S.63, 71.
5) SCHMALENBACH S.42; BAUR S.353.
6) TWORECK S. 76 f.

## 8. Problemstellung dieser Arbeit

Im Rahmen dieser Arbeit soll nun nicht das vom BGH gewonnene Ergebnis kritisiert werden[1], sondern es wird versucht, eine dogmatische Begründung dieser Rechtsprechung zu geben. Es wird nachgewiesen, daß die Rechtsprechung des BGH zum BKZ auf einem, den §§ 573, 574 zugrunde liegenden Prinzip beruht.
Im zweiten Teil dieser Arbeit wird untersucht, ob durch die Voraussetzung der tatsächlichen Verwendung des BKZ für den Aufbau im Hinblick auf dessen Wirksamkeit gegenüber dem Erwerber eine geheime Verdinglichung innerhalb dieses rein schuldrechtlichen[2] Verhältnisses zwischen Mieter und Vermieter eintritt.

---

1) Vgl. hierzu bes. TWORECK, VAHLBRUCH BB 1953, 189; MÜLLER Z.f.d.g.Kred.W. 1952, 55; SENG Z.f.d.g.Kred.W. 1954, 251; zustimmend MERKERT NJW 1951, 667; BULL BB 1950, 886; PERGANDE NJW 1951, 737; HIMMELMANN MDR 1952, 196; SCHUSTER MDR 1960, 184.

2) Näheres dazu unten S. 112 f.

## B) DOGMATISCHE BEGRÜNDUNG DER RECHTSPRECHUNG DES BUNDESGERICHTSHOFES ZUM BAUKOSTENZUSCHUSS

### I. Auslegung der §§ 571 Absatz 1, 573 und 574 BGB

#### 1. Das Recht des Erwerbers auf den Mietzins

Nach h.L.[1] folgt das Recht des Erwerbers auf den Mietzins aus § 571 Abs.1. Zwar erfolgt der gesetzliche Übergang des ganzen Vertragsverhältnisses auf den Erwerber[2]. Dieser erwirbt die Rechte aus dem Mietverhältnis jedoch nicht als Rechtsnachfolger des Vermieters, sondern unmittelbar "kraft eigenem mit dem Eigentum am Grundstück verknüpften Rechtes"[3], so daß es nicht darauf ankommt, ob bei dem Vermieter noch ein Recht auf Mietzins bestand, sondern nur darauf, ob sich ein solches während der Eigentumszeit des Erwerbers aus dem Mietverhältnis ergibt. Wann dies der Fall ist, ist umstritten.

Ergibt sich aus dem Mietverhältnis ein Recht des Erwerbers auf den Mietzinsanspruch, der während seiner Eigentumszeit e n t s t e h t[4], oder auf

---

1) LARENZ SR II S.161; MITTELSTEIN S.642; STAUDINGER-KIEFERSAUER 22 zu § 571; ROQUETTE 25 u. 26 zu § 571; KRESS S.82; TITZE S.164; ENDEMANN S.1060; PERGANDE 3 zu § 573; HANS 1 zu § 573.

2) LARENZ SR II S.160; TITZE S.120; ENDEMANN S.1057; STAUDINGER-KIEFERSAUER 38 zu § 571; a.A. OERTMANN 3b zu § 571; RGRK 3a zu § 571; LÖNING S.161.

3) MITTELSTEIN S.623; STAUDINGER-KIEFERSAUER 21 zu § 571.

4) So noch LARENZ SR II, 9.Aufl.1968, S.152; wohl auch KRESS S.82; PLANCK 3 zu § 571 - aber widersprüchlich (Fälligkeit) 3 b x zu § 571.

den, der während dieser Zeit f ä l l i g wird[1] - oder erlangt der Erwerber ein Recht auf den Betrag, der quotenmäßig auf seine Eigentumszeit entfällt, sich als E n t g e l t für die Gebrauchsgewährung während dieser Zeit darstellt[2]?

Im allgemeinen Sprachgebrauch kann man unter "sich ergeben" sowohl "entstehen"[3] als auch "erwachsen", "resultieren", "auf etwas beruhen", "sich herleiten"[4], "als Folge hervorgehen"[5] verstehen. Es liegen deshalb alle drei Auslegungen im Rahmen des möglichen Wortsinns. Sowohl die Entstehung als auch die Fälligkeit des Mietzinsanspruchs, als auch ein aus dem vereinbarten Mietzins berechnetes Entgelt für eine bestimmte Zeit beruhen auf dem Mietverhältnis, leiten sich von ihm her. Da aber nur eine Auslegung zutreffend dem "normativen Gesetzessinn"[6] entsprechen kann, müssen diese drei möglichen Auslegungen anhand anderer Kriterien eingeschränkt werden.

---

1) Vgl. RGZ 94, 281; ROQUETTE 26 zu § 571; STAUDINGER-KIEFERSAUER 22 zu § 571; MITTELSTEIN S.642; KIEFERSAUER-GLASER 5 zu § 571; PALANDT-PUTZO 4Aa zu § 571, wohl auch ESSER SR II S.114.

2) Vgl. HECK SR S.316 f.; OPPENHEIM JW 1933, 889; VAHLBRUCH BB 1953, 189; PEE JW 1933, 1658; ZIMMERMANN S.29, und auch LARENZ SR II S.161.

3) Vgl. DORNSEIFF S.203; WAHRIG S.1126.

4) DORNSEIFF a.a.O.

5) DORNSEIFF a.a.O.

6) LARENZ ML S.300; Ziel der Auslegung ist nicht der Wille des historischen Gesetzgebers, sondern der "normative", der heute maßgebliche Gesetzessinn; a.A. BARTHOLOMEYCZIK 40, 46 f. für den das Ziel der Auslegung in der Erkenntnis der rechtspolitischen Zwecksetzung liegt.

Ein solches Kriterium ist der vom Gesetzgeber erkennbar verfolgte Gesetzeszweck. Da von mehreren Auslegungsmöglichkeiten diejenige den Vorrang hat,durch die der vom Gesetzgeber erkennbar verfolgte Zweck am besten erreicht wird[1], kann vorab eine jede Auslegungsmöglichkeit ausgeschieden werden, bei deren Anwendung dieser Zweck nicht erreicht würde oder vereitelt werden könnte.
Im vorliegenden Fall bestand der vom Gesetzgeber erkennbar verfolgte Zweck darin, dem Erwerber durch die Regelung des § 571 Abs.1 nach Möglichkeit das Recht auf den Mietzins für die Zeit, in der er zur Gebrauchsgewährung verpflichtet ist, zu sichern[2].
Diesem Zweck wird die Auslegung, die dem Erwerber das Recht auf den Mietzins zuspricht, der sich als Entgelt für die Gebrauchsgewährung während seiner Eigentumszeit darstellt, am besten gerecht. Hier ist gewährleistet, daß der Erwerber für seine Leistung, die Gebrauchsgewährung während seiner Eigentumszeit, immer das entsprechende Aquivalent erhält.

Wird dagegen auf die Fälligkeit eines Mietzinsanspruchs während der Eigentumszeit des Erwerbers abgestellt, kann der vom Gesetzgeber verfolgte Zweck vereitelt werden.
Durch die Fälligkeit wird der Zeitpunkt bestimmt, an dem der Gläubiger die Leistung fordern kann und der Schuldner leisten muß[3]. Gemäß § 271 Abs.1

---

1) LARENZ ML S.312.
2) Vgl. Prot. S.139, 145.
3) Vgl. LARENZ SR I S.151; ESSER SR I S.132.

ist eine Forderung sofort mit der Entstehung fällt, sofern nichts anderes bestimmt oder aus den Umständen zu entnehmen ist. In bezug auf die Mietzinsforderung bestimmt § 551 Abs.1, daß der Mietzins am Ende der Mietzeit bzw. am Ende eines Zeitraums, für den der Mietzins bemessen ist, zu entrichten ist. Nach der gesetzlichen Regelung tritt die Fälligkeit deshalb erst zu den genannten Zeitpunkten ein, der Vermieter kann den Mietzins nicht früher vom Mieter fordern; er ist vorleistungspflichtig[1]. Abweichend hiervon wird jedoch heute die Fälligkeit des Mietzinsanspruchs für den Beginn der Mietzeit bzw. des Bemessungszeitraums vereinbart[2], so daß die Vorauszahlung des Mietzinses heute zur allgemeinen Übung geworden ist[3].

Würde man deshalb unter "sich ergeben" in § 571 Abs.1 "fällig werden" verstehen, würde der Erwerber, bei der Häufigkeit von Mietvorauszahlungen, selten ein Recht auf den Mietzins erlangen, obwohl er zur Gebrauchsgewährung verpflichtet ist.

Es würde von den zwischen Vermieter und Mieter getroffenen Vereinbarungen über die Fälligkeit abhängen, ob der Erwerber ein Entgelt von dem Mieter verlangen kann oder nicht. Dies war vom Gesetzgeber nicht beabsichtigt, vielmehr sollte der Erwerber fest damit rechnen können, daß er als Gegenleistung für die Gebrauchsgewährung während der Eigentumszeit auch den entsprechenden Mietzins erhält. Dieser Zweck würde bei einer solchen Auslegung vereitelt. Sie ist deshalb nicht brauchbar.

---

1) ROQUETTE 1 zu § 551.

2) Vgl. ROQUETTE 9 zu § 551 und § 4 des Deutschen Einheitsmietvertrags, abgedruckt u.a. bei SOERGEL-MEZGER vor § 535.

3) Vgl. LARENZ SR II S.144; ESSER SR II S.100.

Eine weitere Einschränkung der zwei noch möglichen Auslegungen kann durch den Bedeutungszusammenhang in Betracht kommen.

Der Gesetzgeber wollte mit der in § 571 Abs.1 getroffenen Regelung vermeiden, daß der Erwerber an Verfügungen des Vermieters gebunden sei[1]. Durch die §§ 573, 574 sollte nun das aus § 571 Abs.1 sich ergebende "Prinzip", daß nur der Erwerber berechtigt sei, über das während seiner Eigentumszeit aus dem Mietverhältnis sich ergebende Recht auf Mietzins zu verfügen, in gewissem Umfang eingeschränkt werden[2].

Da die §§ 573, 574 Ausnahmevorschriften zu § 571 Abs.1 darstellen[3], muß die Auslegung des § 571 Abs.1 im Hinblick auf das Recht des Erwerbers auf den Mietzins auch im Zusammenhang mit diesen Vorschriften erfolgen[4].

In § 573 wird bestimmt, daß eine Verfügung über Mietzins, der auf die "Zeit der Berechtigung" des Erwerbers entfällt, insoweit wirksam ist, als er sich auf den Mietzins f ü r eine bestimmte Z e i t b e z i e h t, nämlich entweder auf den zur Zeit des Übergangs des Eigentums laufenden Kalendermonat oder, bei Eigentumsübergang nach dem fünfzehnten des Monats, auch auf den folgenden

---

1) Vgl. Prot. S.145.

2) Prot. S.145 ff.

3) LARENZ SR II S.161; STAUDINGER-KIEFERSAUER 9 zu § 573; PLANCK 1 zu §§ 573-576; ERMAN-SCHOPP Vorb.3 zu §§ 573-575; ENNECCERUS-LEHMANN S.542; RGRK 1 zu § 573; SOERGEL-SIEBERT-MEZGER 3, 4 zu §§ 573, 574; MITTELSTEIN S 644.

4) LARENZ ML S.305.

Kalendermonat (Satz 1). Verfügungen über Mietzins für eine spätere Zeit muß der Erwerber dagegen nur dann gegen sich gelten lassen, wenn er sie bei Eigentumsübergang kennt (Satz 2).

Gemäß § 574 Satz 1 ist ein Rechtsgeschäft zwischen Vermieter und Mieter in Ansehung der Mietzinsforderung, insbesondere die Entrichtung des Mietzinses, dem Erwerber gegenüber wirksam, soweit es sich nicht auf den Mietzins für eine spätere Zeit bezieht als den Kalendermonat, bzw. den darauf folgenden Monat, in dem der Mieter Kenntnis vom Eigentumsübergang erlangt.

Im Hinblick auf diese vom Gesetzgeber gewählten Formulierungen leitet HECK[1] aus den §§ 573, 574 das Recht des Erwerbers auf den Mietzins ab, der das Entgelt für die Gebrauchsgewährung während seines Eigentums darstellt.
Er ist der Ansicht, daß der Erwerber im Wege einer gesetzlichen Vertragssukzession anstelle des Vermieters in das bestehende Mietverhältnis eintrete. In bezug auf die Rechte werde er lediglich Rechtsnachfolger[2], so daß er ein Recht auf Mietzins auch nur insoweit erlange, als ein solches bei dem Erwerber bestehe, also nach Zessionsgrundsätzen. Um nun den gutgläubigen Erwerber zu schützen, werde die Wirkung von Zukunftsgeschäften über Mietzins (d.h. über Mietzins, der das Entgelt für einen künftigen Mietgebrauch darstellt) in den §§ 573-576 auf eine Wirkungsfrist beschränkt, so daß der Erwerber auf Grund dieser Vorschriften von dem nichtberechtigten Vermieter

---

1) HECK SR S.314 ff.

2) HECK a.a.O.

Rechte gegen den Mieter erlange, die der Vermieter selbst nicht mehr hatte[1].

HECK versteht demnach die in § 573 gewählte Formulierung "Zeit der Berechtigung" als Zeit des Eigentums des Erwerbers.

Nun widerspricht zwar die von HECK vorgenommene Auslegung der §§ 571 Abs.1, 573, 574 eindeutig dem Willen des Gesetzgebers. Denn wie aus den Protokollen der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs ersichtlich ist, wurde der Antrag, die Rechte des Vermieters auf den Erwerber nur wie auf einen Zessionar übergehen zu lassen, ausdrücklich abgelehnt[2]. Die §§ 573, 574 sollten nur dazu dienen, das in § 571 Abs.1 ausgesprochene Prinzip, daß das Recht des Erwerbers auf den Mietzins für die Zukunft durch die Verfügungen des Vermieters nicht berührt werde, in gewissem Umfang einzuschränken. Diese Normen wurden aber nicht geschaffen, um - wie HECK meint - einen Rechtserwerb kraft guten Glaubens durch den Erwerber des vermieteten Grundstücks zu begründen[3]. HECK ist aber insoweit zu folgen, als unter der Formulierung "Zeit der Berechtigung" in § 573 die "Zeit des Eigentums" des Erwerbers zu verstehen ist.

Denn der Gesetzgeber setzte ausdrücklich den Mietzins in Beziehung zur "Zeit" nach dem Übergang des "Eigentums" auf den Erwerber. Er kann deshalb mit der Formulierung "Zeit der Berechtigung" nur die "Zeit des Eigentums" des Erwerbers gemeint ha-

---

1) HECK SR S.315.

2) Prot. S.145.

3) HECK a.a.O.

ben. Eine Verfügung über "Mietzins, der auf die Zeit der Berechtigung des Erwerbers entfällt", liegt deshalb immer dann vor, wenn die Verfügung Mietzins betrifft, der auf die Eigentumszeit des Erwerbers entfällt, sich als Gegenleistung für die Gebrauchsgewährung während dieser Zeit darstellt.

Daß die Wirksamkeit solcher Verfügungen gegenüber dem Erwerber davon abhängig gemacht wurde, daß sich der Mietzins auf bestimmte Zeiträume "bezieht", bestätigt diese Auffassung. Verfügungen über Mietzins "für eine spätere Zeit" (§§ 573 Satz 2) sind nur bei Kenntnis des Erwerbers wirksam. Auch diese Ausdrucksweise macht deutlich, daß der Gesetzgeber nur den Mietzins gemeint haben kann, der das Entgelt für die Gebrauchsgewährung während der Eigentumszeit des Erwerbers darstellt.

Wie oben[1)] dargelegt wurde, sollte durch die §§ 573, 574 nun aber lediglich das "Prinzip" des § 571 Abs.1, daß der Erwerber allein berechtigt sei, über das während der Dauer seines Eigentums aus dem Mietverhältnis sich ergebende Recht auf Mietzins zu verfügen, eingeschränkt werden. Dies ist aber nur verständlich und gibt nur einen Sinn, wenn der Erwerber gemäß § 571 Abs.1 ein Recht auf den Mietzins erlangt hat, der sich als Entgelt für die Gebrauchsgewährung während seines Eigentums darstellt, denn nur dann kann eine solche Einschränkung dieses Rechts erfolgen.

Es ist deshalb der Auslegung des § 571 Abs.1 der Vorzug zu geben, die "sich ergeben" im Hinblick auf das Recht auf den Mietzins in diesem Sinne versteht, denn "unter mehreren" dem Wortsinn nach

---

1) Seite 26.

"möglichen" Bedeutungen hat die Auslegung "derjenigen den Vorzug zu geben, die im Gesamtzusammenhang der betreffenden Regelung einen durchgehenden verständlichen Sinn ergibt"[1].

Dieses Ergebnis ist auch gerecht[2].
Der Erwerber kann mit seinem Eigentum nicht nach Belieben verfahren, sondern ist zugunsten des Mieters durch den Grundsatz "Kauf bricht nicht Miete" in seiner Vertragsfreiheit beschränkt. Er ist an den vom Vermieter ausgewählten Mieter gebunden, er kann nur den vereinbarten Mietzins verlangen und ist verpflichtet, für die Vertragsdauer den Mietgebrauch zu gewähren. Ihm muß deshalb wenigstens das Recht auf den Mietzins zustehen, der sich als vertragsmäßiges Entgelt für die Gebrauchsgewährung während seiner Eigentumszeit darstellt.

## 2. Der Begriff der Vorausverfügung

Der Begriff der Vorausverfügung wird im Gesetz selbst nicht verwendet, seine Anwendung ist aber allgemein üblich geworden[3]. Eine Definition wird dabei meist nicht gegeben. Das Reichsgericht verstand darunter jede Vorauszahlung des Mieters durch die die Gebrauchsgewährung für eine zukünftige Zeit abgegolten werden sollte. Eine Vorausverfügung im Sinne der §§ 573, 574 lag aber nur dann vor, wenn die Vorauszahlung auf einer nachträgli-

---

1) LARENZ ML S.305.

2) Die Gerechtigkeit der Fallentscheidung dient durchaus legitim der Kontrolle der Auslegung; vgl. LARENZ ML S.323 ff.

3) ROQUETTE 7 zu § 573.

chen und nicht im ursprünglichen Mietvertrag getroffenen Vereinbarung beruhte[1]. Überwiegend versteht man aber unter einer Vorausverfügung jede Verfügung des Vermieters, die sich in die Zeit nach dem Eigentumsübergang hinein auswirkt[2]. Die vom RG getroffene Unterscheidung in Vorausverfügung in Gemäßheit des Mietvertrags, wenn die Vorauszahlung im ursprünglichen Vertrag vereinbart wurde, und Vorausverfügung im Sinne von §§ 573, 574, wenn die Vereinbarung später getroffen würde, hat der BGH in Band 15, 296 (304) zu Recht aufgegeben, da jede Vorauszahlung in Gemäßheit des Mietvertrags erfolgt, weil dieser durch eine spätere Vereinbarung abgeändert wird. Der BGH versteht unter einer Vorausverfügung jede Verfügung des Vermieters über eine Forderung auf Mietzins, der während der Eigentumszeit des Erwerbers entsteht, wobei aber nach seiner Auffassung ein Mietzinsanspruch nur dann entsteht, wenn der Mietzins nach periodischen, auch noch nach dem Eigentumsübergang laufenden Zeitabschnitten bemessen ist[3].

Entsprechend den obigen Ausführungen[4] ist jedoch unter Vorausverfügung jede Verfügung des Vermieters zu verstehen und jedes zwischen Mieter und Vermieter vorgenommene Rechtsgeschäft den Mietzins betreffend, der das Entgelt für die Gebrauchsgewährung für die Zeit nach dem Übergang des Eigentums auf den Erwerber darstellt.

---

1) Vgl. RGZ 94, 281; STAUDINGER-KIEFERSAUER 11 zu § 573.

2) Vgl. ROQUETTE a.a.O.; PALANDT-PUTZO 1 b zu § 573; WESTERMANN S.493; HECK S.314 bezeichnet sie als Vorverfügung.

3) Vgl. BGHZ 37, 352.

4) Seite 29.

Die in bezug auf den abwohnbaren BKZ vereinbarten Abwohnklauseln stellen also immer dann eine solche Vorausverfügung dar, wenn sie sich auf Mietzins für die Zeit nach Eigentumsübergang beziehen.

### 3. Die Rechtsnatur des abwohnbaren BKZ und der Abwohnklauseln

Der für den Aufbau zu verwendende Finanzierungsbeitrag des Mieters ist entweder eine Mietvorauszahlung oder ein Mieterdarlehen[1].

Bei der Mietvorauszahlung erfüllt der Mieter - oder der künftige Mieter - im voraus eine erst in Zukunft entstehende Mietzinsschuld. Da die Mietzinsforderung erst nach erfolgter Gebrauchsgewährung entsteht[2], kann sich die Vorauszahlung immer nur auf eine Zeit beziehen, für die der Vermieter den Gebrauch noch nicht gewährt hat. Dient die Zahlung deshalb zur Erfüllung einer schon entstandenen, wenn auch noch nicht fälligen Mietzinsforderung, so handelt es sich begrifflich nicht um eine Vorauszahlung, sondern um Mietzahlung.

---

1) Vgl. BGHZ 6, 202; WUNNER NJW 1966, 2285.

2) LARENZ AT 220; HELLWIG, Anspruch 370 Anm.9; Verträge 431; HAHNZOG 12. - A.A. LANGHEINEKEN S.144; FISCHER 22 f.; BERGK 90; HELLMANN 208; weitere Nachweise bei HAHNZOG S.7 Anm.2; Mietzinsanspruch entstehe für die ganze Mietzeit bei Vertragsschluß; - dagegen sind v.TUHR II S.327 Note 21; ENNECCERUS-NIPPERDEY, S.1206 f.; STAUDINGER-SEUFFERT 11 zu § 813; BLOMEYER 17; KOHLER Prozeß 63, der Ansicht, daß der Fortbestand des Mietverhältnisses bis zum Zeitpunkt der Fälligkeit der Mietzinsforderung Rechtsbedingung für die Entstehung sei, so daß die Mietzinsforderung pro rata temporis, am jeweiligen Fälligkeitszeitpunkt entstehen würde.

Der abwohnbare BKZ ist rechtlich eine Mietvorauszahlung, wenn durch die Zahlung des Zuschusses künftig entstehende Mietzinsforderungen erfüllt werden sollen, wenn er also zur Abgeltung eines zukünftigen Mietgebrauchs dient.

Wird der Zuschuß nicht mit dieser Zweckbestimmung geleistet, sondern besteht nur eine Vereinbarung, daß er auf den künftigen Mietzins angerechnet werde, so stellt der Zuschuß nicht eine Mietvorauszahlung, sondern ein Mieterdarlehen dar. Obwohl bei Mieterdarlehen mit einer solchen Verrechnungsklausel für den Mieter der gleiche tatsächliche Erfolg eintritt, wie bei dem als Mietvorauszahlung geleisteten Zuschuß, da in jedem Fall der vom Mieter in Zukunft tatsächlich zu entrichtende Zins geringer ist als der vertraglich vereinbarte, besteht ein grundsätzlicher juristischer Unterschied.

Mit der Hingabe des Darlehens erhält der Mieter nämlich einen selbständigen Anspruch gegen den Vermieter auf Rückzahlung der Darlehenssumme gem. § 607, der der Mietzinsforderung gegenübersteht.

Die Rückzahlung erfolgt nun nicht in bar, sondern Darlehensforderung und künftige Mietzinsforderungen werden gegeneinander "aufgerechnet, miteinander verrechnet" oder der Zuschuß wird auf die künftige Mietzinsschuld "angerechnet".

Wird nun vereinbart, daß durch das gezahlte oder zu zahlende Darlehen die künftigen Mietforderungen ganz oder in bestimmter Höhe erfüllt seien, liegt eine verdeckte Mietvorauszahlung vor. Denn dann ist in dieser Vereinbarung die Erfüllung der künftigen Mietforderung durch Abtretung der Darlehensforderung und Annahme dieser Leistung des

Mieters vom Vermieter an Erfüllungs Statt zu sehen gem. § 364 Abs.1[1].

Ist das Darlehen schon vorher geleistet, so erlischt die Darlehensforderung zum Zeitpunkt der Vereinbarung oder sie erlischt im Zeitpunkt der Leistung des Zuschusses im Augenblick ihrer Entstehung durch Konfusion, da dann der Vermieter zugleich Schuldner und Gläubiger der Darlehensforderung wird[2].

In der Annahme des als Mietvorauszahlung geleisteten Zuschusses liegt keine Verfügung[3] des Vermieters, denn die Erfüllung ist ein realer Tilgungsakt und es bedarf keiner besonderen Erfüllungsannahme des Gläubigers[4].

Eine Verfügung des Vermieters ist allerdings in der verdeckten Mietvorauszahlung enthalten, denn durch die Annahme der Darlehensforderung an Erfüllungs Statt verzichtet der Vermieter ganz oder teilweise auf die künftig entstehenden Mietzinsforderungen[5]. Der Erlaß, der ganz oder teilwei-

---

1) Vgl. SOERGEL-SIEBERT-SCHMIDT 1 zu § 364: "Die im voraus getroffene Vereinbarung der Anrechnung einer Leistung ist als Hingabe an Erfüllungs Statt, nicht als Aufrechnung zu beurteilen".

2) Vgl. LARENZ SR I S.199; TITZE S.93; ESSER SR I S.224.

3) Zu diesem Begriff vgl. unten S. 39.

4) Vgl. LARENZ SR I S.174. Dies ist sehr umstritten; zum derzeitigen Stand der Meinungen vgl. LARENZ SR I S.173 ff. u.die dortigen Nachweise.

5) Vgl. LARENZ SR I S.181; anders ESSER SR I S.161; LEONHARD A S.595; die darin eine nachträgliche Abänderung des Schuldverhältnisses sehen.

se Verzicht auf eine Forderung ist aber eine Verfügung[1].

Wird in der sogenannten Abwohnklausel vereinbart, daß die Darlehensforderung mit künftigen Mietzinsforderungen ganz oder nur in bestimmter Höhe mit der Mietzinsforderung verrechnet oder aufgerechnet wird, so wurde ein "antizipierter Aufrechnungsvertrag" geschlossen. Dies bedeutet, daß Darlehensforderung und künftige Mietzinsforderungen im Augenblick der Entstehung der letzteren ganz oder in bestimmter Höhe getilgt werden[2]. Im Zeitpunkt der Vereinbarung trifft der Vermieter eine Verfügung über die künftige Mietzinsforderung[3].

Ist die Abwohnklausel dagegen so gestaltet, daß der Mieter die Befugnis erhält, bei Fälligkeit der Mietzinsforderung mit seiner Darlehensforderung aufzurechnen, liegt in dieser Vereinbarung keine Verfügung des Vermieters über die Mietzinsforderung, sondern diese Vereinbarung ist lediglich schuldrechtlicher Natur.

---

1) LARENZ SR I S.196, 388; TITZE S.94; ESSER SR I S.179.

2) LARENZ SR I S.195 f.; HAHNZOG S.36, 39; LARENZ AP Nr.1 zu § 614 für Lohn- u.Gehaltsvorschüsse; a.A. BGHZ 6, 202, durch die Mietvorauszahlung werde die Miete ganz oder teilweise im voraus getilgt; ebenso PERGANDE S.223; ROQUETTE 7 zu § 557 a; OSCHMANN-PERGANDE S.15.

3) Vgl. LARENZ SR I S.196: Die rechtliche Natur des Aufrechnungsvertrags ist umstritten, aber selbst, wenn man mit TITZE S.89 und SOERGEL-SIEBERT-SCHMIDT 3 vor § 387 einen gegenseitigen Erlaßvertrag annimmt, oder zwei selbständige Erlaßverträge wie LEONHARD A 611, liegt eine Verfügung des Vermieters vor, da jeder Erlaß eine Verfügung enthält; vgl. Anm.1.

4. Versuch einer Subsumtion der in bezug auf den abwohnbaren BKZ vereinbarten Abwohnklauseln unter die §§ 573, 574 Satz 1

a) Tatbestand und Rechtsfolge in den §§ 573, 574 Satz 1

Es wird allgemein angenommen und der BGH ist wohl auch dieser Ansicht, daß der Tatbestand, d.h. der "als möglich vorgestellte, allgemein bestimmte Sachverhalt"[1] in § 573 darin besteht, daß der Vermieter vor dem Übergang des Eigentums über den Mietzins verfügt hat, der auf die Zeit der Berechtigung des Erwerbers entfällt - in § 574, daß ein Rechtsgeschäft zwischen Vermieter und Mieter in Ansehung der Mietzinsforderung, insbesondere die Entrichtung des Mietzinses vorgenommen wird[2].
Tatsächlich sind die zeitlichen Beschränkungen in den §§ 573, 574 äußerlich der Rechtsfolge zugeordnet: § 573 Satz 1, 1.Halbsatz, lautet z.B.: "... so ist die Verfügung insoweit wirksam, als sie sich auf den Mietzins für den zur Zeit des Überganges laufenden Kalendermonat bezieht."
§ 574 Satz 1, 1.Halbsatz, ebenso: "... ist dem Erwerber gegenüber wirksam, soweit es sich nicht auf den Mietzins für eine spätere Zeit als den Kalendermonat bezieht, in welchem der Mieter von dem Übergang des Eigentums Kenntnis erlangt."

---

1) LARENZ ML S.180.

2) Dies wird zwar nicht deutlich ausgesprochen, ergibt sich aber indirekt aus der Art der Darstellung des Problems; vgl. dazu ROQUETTE 3 zu § 573, 3 zu § 574; KRESS S.88; MITTELSTEIN S. 644 ff.; STAUDINGER-KIEFERSAUER 9 zu § 573; SOERGEL-SIEBERT-MEZGER 3,4 zu §§ 573, 574 und BGHZ 37, 351 f.; BGHZ 6, 204 f.; BGHZ 16, 31.

Das gleiche gilt für § 573 Satz 1, 2.Halbsatz und für § 574 Satz 1, 2.Halbsatz.
Trotzdem fragt es sich, ob diese Teile der Rechtssätze nicht doch zum Tatbestand gehören. In bezug auf § 574 ist dies leicht zu bejahen, da hier e i n Rechtsgeschäft zwischen Vermieter und Mieter vorgenommen sein muß, so daß die nachfolgende zeitliche Beschränkung zur näheren Bestimmung dieses Rechtsgeschäfts herangezogen werden muß.

In § 573 ist dagegen generell von Verfügungen des Vermieters die Rede, so daß, um die konkrete Rechtsfolge zu erhalten, eine weitere Beurteilung des Sachverhalts nötig ist. Es ist zu prüfen, ob sich die Verfügung auf den zur Zeit des Eigentumsüberganges laufenden Kalendermonat bezieht oder nicht. Erst dann kann geklärt werden, ob diese Verfügung wirksam ist. Die weitere Beurteilung des Sachverhalts dient deshalb nicht der näheren Bestimmung der Rechtsfolge[1], sondern ist Voraussetzung für die Ermittlung der Rechtsfolge. Die zeitlichen Beschränkungen sind daher auch in § 573 dem Tatbestand zuzuordnen. Eine Bestätigung unserer Auffassung bietet u.a. § 400. Diese Vorschrift lautet: "Eine Forderung kann nicht abgetreten werden, soweit sie der Pfändung nicht unterworfen ist." Rechtsfolge ist hier: "Kann nicht abgetreten werden". Würde nun der nachfolgende Nebensatz zur näheren Bestimmung der Rechtsfolge dienen, würde diese aufgehoben werden, wenn bei der Beurteilung des Sachverhalts

---

1) Beispiele für eine weitere Beurteilung des Sachverhalts, die zur näheren Bestimmung der Rechtsfolge notwendig ist, finden sich bei LARENZ ML S.276 ff.

festgestellt wird, daß die Forderung der Pfändung unterworfen ist. Die Rechtsfolge kann aber nur dann näher bestimmt werden, wenn sie sich auf Grund des durch den konkreten Sachverhalt erfüllten Tatbestandes ergibt, wenn sie feststeht. Der Nebensatz dient also auch hier der Ermittlung der Rechtsfolge und nicht dessen näherer Bestimmung, so daß er dem Tatbestand zuzuordnen ist. Dieser lautet: "Soweit eine Forderung der Pfändung nicht unterworfen ist."

In den §§ 573, 574 können wir nun folgende Tatbestände unterscheiden:

1. Hat der Vermieter vor dem Übergang des Eigentums über den Mietzins, der auf die Zeit der Berechtigung des Erwerbers entfällt und sich auf den zur Zeit des Übergangs des Eigentums laufenden Kalendermonat bezieht, verfügt ... (§ 573 Satz 1, 1.Halbs.)

2. Hat der Vermieter vor dem Übergang des Eigentums über den Mietzins, der auf die Zeit der Berechtigung des Erwerbers entfällt und sich auf den Mietzins für den Monat bezieht, der dem Monat folgt, in dem nach dem 15. Tag das Eigentum überging ... (§ 573 Satz 1, 2.Halbs.)

3. Hat der Vermieter vor dem Übergang des Eigentums über den Mietzins, der auf die Zeit der Berechtigung des Erwerbers entfällt und sich auf den Mietzins für eine spätere Zeit bezieht, verfügt, und kennt der Erwerber diese Verfügung zur Zeit des Eigentumsüberganges ... (§ 573 Satz 2)

4. Ein Rechtsgeschäft, das zwischen dem Mieter und dem Vermieter in Ansehung der Mietzinsforderung vorgenommen wird, insbesondere die Ent-

richtung des Mietzinses, soweit es sich nicht auf den Mietzins für eine spätere Zeit als den Kalendermonat bezieht, in welchem der Mieter von dem Übergang des Eigentums Kenntnis erlangt ... (§ 574 Satz 1, 1.Halbs.)

5. Erlangt der Mieter Kenntnis von dem Eigentumsübergang nach dem 15. Tag des Monats und bezieht sich das Rechtsgeschäft, das zwischen Mieter und Vermieter in Ansehung der Mietzinsforderung vorgenommen wird, auf den Mietzins des folgenden Monats ...
(§ 574 Satz 1, 2.Halbs.)

Die Rechtsfolge für alle fünf Tatbestände ist die gleiche, nämlich die Wirksamkeit der Verfügung bzw. des Rechtsgeschäfts.

b) Das Verhältnis der §§ 573, 574 Satz 1 zueinander

§ 573 bezieht sich auf Verfügungen des Vermieters. Eine Verfügung ist jedes Rechtsgeschäft, das unmittelbar auf ein Recht einwirkt, wodurch dieses entweder inhaltlich geändert, belastet, übertragen oder aufgehoben wird[1),2)]. Der Vermieter kann

---

1) h.L. LARENZ AT S.324; ENNECCERUS-NIPPERDEY S.882; FLUME S.140 ff.; v.THUR S.328 f.; ENDEMANN S.284 f. und die dortigen Nachweise.

2) Sowohl die unmittelbare Einwirkung auf ein bestehendes Recht, als auch auf ein noch nicht bestehendes Recht, stellt eine Verfügung dar; vgl. LARENZ AT S.301, 324 und LARENZ SR I S.398; anders ROQUETTE 6 zu § 573: "Die Verfügung über ein Recht setzt voraus, daß das Recht besteht."

sowohl zugunsten eines Dritten, durch Abtretung, Verpfändung, als auch zugunsten des Mieters, z.B. durch Erlaß, über die künftige Mietzinsforderung verfügen. Die zugunsten des Mieters getroffene Verfügung stellt gleichzeitig ein Rechtsgeschäft gemäß § 574 Satz 1 dar, das zwischen Mieter und Vermieter in Ansehung der Mietzinsforderung vorgenommen wird.

Es fragt sich nun, ob im Verhältnis Mieter - Vermieter nur § 574 anwendbar ist, oder ob auch § 573 gilt, wenn das zwischen Mieter und Vermieter vorgenommene Rechtsgeschäft hinsichtlich der Mietzinsforderung des Erwerbers gleichzeitig eine Verfügung des Vermieters darstellt.

In bezug auf § 573 Satz 1 ist dies zwar bedeutungslos, denn da der Mieter erst nach erfolgtem Eigentumsübergang von dem Wechsel des Eigentums Kenntnis erhalten kann, ist jedes zwischen Mieter und Vermieter vor dem Eigentumsübergang vorgenommene Rechtsgeschäft, das sich auf den Mietzins für den während des Übergangs laufenden und unter Umständen auf den Mietzins für den folgenden Monat bezieht, auf jeden Fall gemäß § 574 Satz 1 wirksam.

Von Bedeutung ist dies aber dann, wenn ein zwischen Mieter und Vermieter vor dem Eigentumsübergang vorgenommenes Rechtsgeschäft, das eine Verfügung des Vermieters darstellt, sich nicht nur auf den Mietzins für den zum Zeitpunkt der Kenntnis des Mieters laufenden oder den folgenden Monat bezieht, sondern auf den Mietzins für einen längeren Zeitraum. Erhält nun der Erwerber vor dem Eigentumsübergang von diesem Rechtsgeschäft Kenntnis, wäre es bei Anwendbarkeit des § 573 auf Ver-

fügungen zugunsten des Mieters gemäß § 573 Satz 2 wirksam. Bei Nichtanwendbarkeit wäre es dagegen nur unter den Voraussetzungen des § 574 wirksam.

Da diese Frage im Gesetz nicht ausdrücklich geklärt ist, die Rechtsfolgen sich auch nicht gegenseitig ausschließen, da sowohl in § 573 als auch in § 574 die Wirksamkeit von Rechtsgeschäften des Vermieters, die die Mietzinsforderung des Erwerbers beeinträchtigen, ausgesprochen wird, kann nur durch Auslegung oder ergänzende Rechtsfindung[1] festgestellt werden, ob im Falle der gleichzeitigen Verwirklichung der Tatbestände des § 574 Satz 1 und des § 573 Satz 2 beide Rechtsfolgen nebeneinander gelten oder ob § 573 durch die Verwirklichung des Tatbestandes des § 574 Satz 1 ausgeschlossen wird.

Formallogisch stehen die §§ 573, 574 nicht im Verhältnis der Spezialität, denn der Tatbestand des § 574 ist kein Unterfall von dem des § 573, da nicht jedes Rechtsgeschäft zwischen Mieter und Vermieter im Sinne von § 574 eine Verfügung gemäß § 573 darstellen kann.[2] Dies folgt schon daraus, daß § 574 sich auf Rechtsgeschäfte bezieht, die vor der Kenntnis des Mieters vom Eigentumsübergang vorgenommen wurde, der Zeitpunkt also sowohl

---

1) LARENZ ML S.207; ENNECCERUS-NIPPERDEY S.351.

2) LARENZ ML S.207 f.; mißverständlich die Ausführungen von HANS 2 zu § 573, daß für solche Verfügungsgeschäfte, die zwischen Vermieter und Mieter abgeschlossen werden, § 574 als spezieller Vorschrift vorgehe; wenn damit das Vorliegen des formallogischen Verhältnisses der Spezialität zwischen § 574 und § 573 gemeint ist, ist diese Auffassung nicht zutreffend.

vor als auch nach dem Eigentumsübergang liegen kann, während § 573 nur Verfügungen betrifft, die der Vermieter vor dem Eigentumsübergang vornahm[1].

Die Tatbestände der §§ 573, 574 überschneiden sich vielmehr in ihrem Anwendungsbereich[2], denn einige Fälle von § 573 sind auch solche von § 574 und umgekehrt, z.B. ein vor dem Eigentumsübergang gewährter Erlaß für längere Zeit; aber einige Fälle erfüllen nur den Tatbestand des § 573, z.B. die Verfügung des Vermieters zugunsten eines Dritten - oder des § 574, wie z.B. eine Stundung, die der Vermieter dem Mieter noch nach dem Eigentumsübergang gewährt.

Daraus, daß sich die Anwendungsbereiche überschneiden, kann aber nicht geschlossen werden, daß die beiden Vorschriften nebeneinander anwendbar sind[3], sondern entscheidend ist der Zweck des Gesetzes und der sachliche Zusammenhang[4].

Aber selbst wenn § 573 auf Verfügungen gegenüber dem Mieter anwendbar sein sollte, wäre der Tatbestand des § 573 nicht schon dadurch erfüllt, daß die in bezug auf den abwohnbaren BKZ getroffenen Vereinbarungen Verfügungen des Vermieters beinhalten. Ebensowenig ist der Tatbestand des § 574 Satz 1 schon dann verwirklicht, wenn in den Verrechnungsabreden ein Rechtsgeschäft hinsichtlich der Mietzinsforderung des Erwerbers zu sehen ist oder eine Entrichtung des Mietzinses vorliegt[5].

---

1) Auf die umstrittene Frage, ob die Vorauszahlung des Mietzinses, d.h. die Erfüllung oder die Stundung, Verfügungen des Vermieters darstellen, braucht deshalb hier nicht eingegangen zu werden.

2) LARENZ ML S. 208.

3) LARENZ a.a.O.

4) LARENZ a.a.O. S.209.

5) Wenn der BKZ in Form einer Mietvorauszahlung geleistet wurde: vgl. oben S. 32.

Ein Rechtsgeschäft, das sich auf den BKZ bezieht, kann vielmehr nur dann unter die §§ 573, 574 subsumiert werden, wenn auch die übrigen Tatbestandsmerkmale dieser Normen erfüllt wären.

Die Lösung der Frage, ob im Verhältnis zum Mieter nur § 574 oder die §§ 573, 574 nebeneinander Anwendung finden, wird deshalb zurückgestellt, da zuerst geklärt werden soll, ob auch die übrigen Tatbestandsmerkmale der §§ 573, 574 gegeben wären.

c) Unmöglichkeit der generellen Subsumtion der Verrechnungsabreden unter die Tatbestände der §§ 573, 574 Satz 1

Für die Anwendung der §§ 573, 574 Satz 1 sind, außer daß es sich um eine Verfügung oder ein Rechtsgeschäft hinsichtlich des Mietzinses handeln muß, der das Entgelt für die Gebrauchsgewährung während der Eigentumszeit des Erwerbers darstellt, noch folgende Voraussetzungen erforderlich:
In § 573 Satz 2 muß zusätzlich gegeben sein: "Kenntnis" des Erwerbers von den Verfügungen z.Z. des Eigentumsüberganges.
Für § 573 Satz 1: Die Verfügung muß sich auf den Mietzins für den Monat des Eigentumsübergangs beziehen (evtl. für den folgenden Monat gem. § 573 Satz 1, 2.Halbs.).
In § 574 Satz 1 ist noch erforderlich, daß das Rechtsgeschäft oder die Entrichtung des Mietzinses hinsichtlich des Mietzinses für den Monat (evtl. für den folgenden Monat) erfolgt, in dem der Mieter Kenntnis vom Eigentumsübergang erhielt.

Der Gesetzgeber ging offensichtlich davon aus, daß der Mietzins, was heute die Regel ist, nach Monaten bemessen ist und auch monatlich zu entrichten ist. Denn bei Entstehung des BGB betrug in den §§ 573 Satz 1, 574 Satz 1 die Wirkungsfrist statt eines Monats ein Vierteljahr, denn damals war die vierteljährliche Mietzahlung und Mietzinsbemessung üblich, da auch die Gehälter der Beamten vierteljährlich ausbezahlt wurden[1].

Nach dem ersten Weltkrieg wurde jedoch auf die monatliche Zahlung der Miete übergegangen, da auch die Zahlung der Gehälter monatlich erfolgte[2]. Durch die Notverordnung vom 8.12.1932, 3.Teil, VI 12[3] wurde deshalb die Wirksamkeit von Verfügungen und Rechtsgeschäften über Mietzins des Erwerbers für den zur Zeit des Eigentumsübergangs bzw. der Kenntnis des Mieters laufenden und evtl. für den folgenden Monat beschränkt.

Da bis heute die monatliche Zahlungsweise üblich ist, wurden vom Gesetzgeber diese Änderungen durch das Gesetz zur Wiederherstellung der Gesetzeseinheit auf dem Gebiet des Bürgerlichen Rechts vom 5.3.1953[4], auf dem die §§ 573, 574 in der heutigen Fassung beruhen, beibehalten.

Nicht unmittelbar unter die §§ 573, 574 subsumiert werden kann folglich ein Sachverhalt, wenn der Mietzins nach längeren Zeitabschnitten bemessen

---

1) Vgl. ROQUETTE 1 zu § 573.
2) ROQUETTE a.a.O.
3) RGBl. I S.711.
4) BGBl. I S.33.

und nicht monatlich zu entrichten ist[1]. Hier wäre eventuell an eine analoge Anwendung der §§ 573, 574 zu denken[2].

Da, wie oben[3] dargelegt wurde, die in den §§ 573 Satz 1, 574 Satz 1 bestimmten Zeiträume zum Tatbestand gehören, können Verfügungen, Rechtsgeschäfte und Entrichtung des Mietzinses nicht unter diese Normen subsumiert werden, soweit sie sich auf Mietzins beziehen, der das Entgelt für die Gebrauchsgewährung in späterer Zeit darstellt.

Auch die bei einem BKZ vereinbarten Verrechnungsklauseln beziehen sich auf Mietzins, der die Gebrauchsgewährung für spätere Zeit abgilt, denn die Verrechnung der Baukostenzuschüsse ist regelmäßig über Jahre hinaus verteilt. Die Tatbestände der §§ 573 Satz 1 und 574 Satz 1 können deshalb insoweit nicht erfüllt sein.

Die Auffassung des BGH, daß im Falle des abwohnbaren BKZ zwar der Tatbestand der §§ 573, 574 erfüllt sei, diese Normen aber nicht anzuwenden seien, weil Sinn und Zweck dieser Vorschriften bei der Leistung eines BKZ, der zum Aufbau verwendet wurde, nicht zuträfen[4], ist deshalb nicht richtig.

Der Tatbestand des § 573 Satz 2 wäre ebenfalls nicht erfüllt, da der Erwerber regelmäßig vor dem Eigentumsübergang keine Kenntnis von etwa geleisteten Baukostenzuschüssen hat. Dies ergibt sich

---

1) so auch ROQUETTE 15 zu § 573.

2) ebenso ROQUETTE a.a.O.

3) Seite 37 ff.

4) Vgl. BGHZ 15,296 (299); BGHZ 6,202; BGHZ 37, 346 (352).

aus den zur Entscheidung bei den Gerichten gelangten Fällen[1]. Der BGH mußte sich deshalb auch nie mit der Frage auseinandersetzen, ob § 573 Satz 2 im Verhältnis zum Mieter anwendbar sei. Trotzdem soll dieses Problem in dieser Arbeit, aber an anderer Stelle, behandelt werden[2].

In allen diesen Fällen wären deshalb die anläßlich der Leistung eines BKZ vereinbarten Abwohnklauseln dem Erwerber gegenüber unwirksam, gemäß dem aus § 571 Abs.1 sich ergebenden Grundsatz, daß nur der Erwerber berechtigt ist, über Mietzins zu verfügen, der das Entgelt für die Gebrauchsgewährung während seiner Eigentumszeit darstellt.

## II. Stellt die Nichtregelung der Wirksamkeit der Abwohnklauseln eines BKZ gegenüber dem Erwerber eine Lücke des Gesetzes dar?

Der BGH hat nun aber, entgegen der Rechtsfolge, die sich aus dem Gesetz, genauer aus § 571 Abs.1, ergibt, die Wirksamkeit solcher Abwohnklauseln gegenüber dem Erwerber ausgesprochen.

Da sich die gleiche Rechtsfolge aus den §§ 573, 574 ergibt, fragt es sich, ob der BGH hier mit der Methode der Gesamtanalogie zu diesen Normen eine Lücke des Gesetzes festgestellt und geschlossen hat.

---

1) Vgl. OLG München MDR 1952,105; BGHZ 15,296.
2) unten Seite 71 ff.

1. Begriff der Lücke

Eine Lücke des Gesetzes liegt vor, wenn es, "gemessen an seiner eigenen Absicht und immanenten Teleologie, unvollständig, also ergänzungsbedürftig ist, und wo seine Ergänzung nicht etwa einer vom Gesetz gewollten Beschränkung (auf bestimmte Tatbestände) widerspricht"[1].

2. Gesamtanalogie zu den §§ 573, 574 als Methode der Rechtsfortbildung

Bei der Gesamtanalogie wird "mehreren Gesetzesbestimmungen, deren Tatbestände in einer Hinsicht übereinstimmen, die für die an sie geknüpfte Rechtsfolge als "wesentlich" erscheint, ein allgemeiner Rechtsgrundsatz entnommen, der dann auch auf solche Tatbestände angewandt werden kann, die das Gesetz nicht geregelt hat"[2].

Sie dient der Feststellung und Ausfüllung einer offenen Regelungslücke[3].

Voraussetzung für eine Gesamtanalogie zu den §§ 573, 574 ist deshalb die Feststellung des für die

---

1) Vgl. LARENZ ML S.357 f. Anders CANARIS S. 39, 198, der die Unvollständigkeit an der gesamten geltenden Rechtsordnung und nicht nur am Sinn und Zweck des einzelnen Gesetzes mißt. Vgl. dazu LARENZ NJW 1965, 2 Anm.9.

2) LARENZ ML S.364, die Gesamtanalogie wird herkömmlicherweise als "Rechtsanalogie" bezeichnet; vgl. LARENZ a.a.O. und die dortigen Nachweise; CANARIS S.97 bezeichnet sie als Induktion.

3) Vgl. LARENZ ML S.359; NJW 1965, 5; CANARIS S.71 ff. Eine offene Regelungslückt liegt vor, wenn "das Gesetz eine nach seinem Regelungszweck zu erwartende positive Anordnung" vermissen läßt - LARENZ ML S.352.

rechtliche Wertung Wesentlichen, die "Ermittlung des rechtfertigenden Grundes" (der sog. "ratio legis")[1] in diesen Normen. Hierbei ist von dem "Zweck und dem 'Grundgedanken' der gesetzlichen Regelung"[2] auszugehen.

a) Der Zweck der §§ 573, 574 Satz 1

Unter dem Zweck einer gesetzlichen Regelung sind die durch die Regelung angestrebten Lösungen einer rechts- oder sozialpolitischen Aufgabe zu verstehen[3]. Er ist identisch mit dem vom Gesetzgeber verfolgten Zweck und deshalb bestimmt[4], wenn dieser erkennbar ist. Ist der Zweck des historischen Gesetzgebers nicht eindeutig zu erkennen, so muß mit Hilfe der objektiv-teleologischen Kriterien der aus dem "Inhalt der Regelung vernünftigerweise zu entnehmende Zweck"[5] bestimmt werden.

Der Gesetzgeber von 1953 wollte durch die Neufassung der §§ 573, 574 lediglich die Gepflogenheiten des Rechtsverkehrs berücksichtigen. Es ist deshalb der von dem historischen Gesetzgeber von 1900 durch die Schaffung dieser Normen verfolgte Zweck maßgebend.

---

1) LARENZ ML S.364.

2) LARENZ a.a.O. S.360.

3) LARENZ a.a.O. S.312; BARTHOLOMEYCZIK S.42 versteht unter dem Zweck eines Gesetzes nur die rechtspolitische Zwecksetzung bei der Schaffung der Norm.

4) LARENZ a.a.O.

5) LARENZ a.a.O.

Der historische Gesetzgeber wollte, erkennbar durch Einfügung der §§ 573, 574, die aus § 571 sich ergebenden Rechtsfolgen, daß Verfügungen des Vermieters und Zahlungen des Mieters, die sich auf die Mietzinsforderung des Erwerbers beziehen, unwirksam sind, abmildern[1]. Während dies in § 574 ausdrücklich zum Schutze des Mieters geschah[2], fehlt für § 573 eine entsprechende klare Entscheidung. Es wird lediglich ausgeführt, daß Verfügungen des Vermieters über Mietzins der nächsten Zeit häufig eine wirtschaftliche Notwendigkeit für den Vermieter darstellten, deshalb müßten Verfügungen des Vermieters über den Mietzins des zur Zeit des Eigentumsübergangs laufenden und des folgenden Kalendervierteljahres dem Erwerber gegenüber wirksam sein. Auch soweit der Erwerber bei Eigentumsübergang Kenntnis von den Verfügungen habe, müßten diese wirksam sein. Diese Regelung entspreche auch der Billigkeit gegenüber dem Mieter[3]. Die Lehre ist deshalb auch fast einhellig der Auffassung, daß § 574 den Schutz des Mieters bezwecke[4], während über den Zweck des § 573 keine Einigkeit besteht. Einerseits soll der Zweck dieser Vorschrift darin liegen, den Vermieter in der Verfügung über den Mietzins nicht zu sehr einzuschränken, andererseits soll sie auch den Interessen des Mieters die-

---

1) Prot. S.145 f.

2) Vgl. Prot. S.146 f.; Denkschr. a.a.O.

3) Prot. S.146, Denkschr. a.a.O.

4) LARENZ SR II S.161 f.; SOERGEL-SIEBERT-MEZGER 3 zu §§ 573, 574; KIEFERSAUER-GLASER 2 zu § 574; HAHNZOG S.12; ZIMMERMANN S.33; a.A. ESSER SR II S.114, der der Ansicht ist, daß § 574 dem Interesse des Erwerbers diene.

nen[1]. Es wird auch behauptet, daß § 573 den Schutz des Dritten bezwecke, dem Mitzinsforderungen abgetreten oder verpfändet sind[2], und noch eine andere Meinung sieht in § 573 eine Norm zum Schutze des Erwerbers, da sie bezwecke, diesem den Sachertrag zu sichern[3]. Der gleichen Auffassung ist auch der BGH[4]. Eine genauere Untersuchung über den Sinn und Zweck des § 573 ist deshalb erforderlich.

b) Überprüfung der Auffassungen der Lehre vom Zweck des § 573

Der vom Gesetzgeber erkennbar verfolgte Zweck, die aus § 571 sich ergebenden Rechtsfolgen durch § 573 abzumildern, ist zu allgemein, so daß ein Schluß auf die zugrundeliegende Wertung nicht möglich ist. Die in § 573 getroffene Wertung kann nun darauf beruhen, daß der Gesetzgeber konkret

---

1) PALANDT-PUTZO 2 zu § 573; STAUDINGER-KIEFER-SAUER 18 zu § 573; OERTMANN 2 a zu § 573; MITTELSTEIN S.684; ZIMMERMANN S.35; RGRK 4 zu § 573; PLANCK 3 zu § 573.

2) PERGANDE 2 zu § 573.

3) HECK SR S.314 ff.; ESSER SR II S.114; PERGANDE NJW 1951 S.642; widersprüchlich aber PERGANDE 2 zu § 573: Zweck des § 573 sei, den Dritten zu schützen, zu dessen Gunsten verfügt oder gepfändet wurde.

4) BGHZ 6,202; BGHZ 15,299; widersprüchlich dagegen BGHZ 16,31 (37);der 5. Zivilsenat spricht hier im Hinblick auf § 57 a ZGV davon, daß, wenn die Vorauszahlung des Mieters auch gegenüber dem Ersteher wirke, dies auf eine Interessenabwägung des Gesetzes zugunsten des Mieters hindeute - während er in BGHZ 15,299 auch im Hinblick auf den jetzigen § 57 a ZVG (ursprünglich § 57 S.2 ZVG) von einer Interessenabwägung zugunsten des späteren Grundstückseigentümers sprach.

einen der Zwecke verfolgte, wie sie von der Lehre herausgestellt werden. Eine entsprechende Wertung des Gesetzgebers müßte sich in diesem Fall nachweisen lassen. In jedem Falle müßte der Gesetzgeber aber bezweckt haben, eine durch § 571 ausgelöste Beeinträchtigung (eines Interesses) durch § 573 auszugleichen oder aufzuheben. Voraussetzung ist deshalb, daß überhaupt durch den aus § 571 sich ergebenden Grundsatz, daß nur der Erwerber berechtigt ist, über die während seiner Eigentumszeit entstehenden Mietzinsansprüche zu verfügen, eine Beeinträchtigung des Vermieters, des Dritten und des Mieters eintritt.

In § 573 fällt die Wertung des Gesetzgebers zugunsten des Vermieters und desjenigen Dritten aus, dem gegenüber der Vermieter über die Mietzinsforderung des Erwerbers verfügt hat: Der Vermieter kann über Rechte verfügen, die ihm nach der allgemeinen Regel des § 571 nicht zustehen, und der Dritte erlangt Rechte von einem eigentlich Nichtberechtigten. Da dadurch das Nutzungsrecht des Erwerbers beschränkt wird, ohne daß diese Beschränkung durch ein ihm zurechenbares Verhalten veranlaßt wird, muß ein besonders schutzwürdiges Interesse des Vermieters oder des Dritten an der Wirksamkeit die Abwägung des Gesetzes zugunsten des einen oder des anderen rechtfertigen.

aa) Schutz des Vermieters

Bei der Auffassung, daß § 573 bezwecke, dem Interesse des Vermieters zu dienen, wird davon ausgegangen, daß durch diese Norm ein Interessenkon-

flikt zwischen Erwerber und Vermieter geregelt werde. Ein Interessenkonflikt liegt vor, wenn die Interessen, d.h. das Streben nach Gütern und Werten und die Sorge um deren Erhaltung, von Erwerber und Vermieter miteinander kollidieren[1].

Nun gebühren aber dem Erwerber (Käufer) mit der Übergabe des Grundstücks bzw. der Eintragung des Eigentumsübergangs in das Grundbuch auch die Nutzungen des Grundstücks, soweit durch den obligatorischen Vertrag nichts anderes bestimmt ist, gem. § 446. Zu den Nutzungen gehört auch der Mietzins als eine mittelbare Sachfrucht (vgl. § 100, 99 Abs.I). Der entsprechende Teil des Mietzinses, der auf die Dauer der Berechtigung des Erwerbers entfällt, d.h. der für die Zeit ab Übergabe des Grundstücks (§ 446 Abs.1) oder ab Eintragung des Eigentumsüberganges (§ 446 Abs.2) die Gegenleistung für die Überlassung des Gebrauchs darstellt, gebührt dem Erwerber gem. § 101 Nr.2 Halbsatz 2[2].

Durch die §§ 446 und 101 Nr.2 ist also festgelegt, inwieweit dem Erwerber (Käufer) im Verhältnis zum Vermieter der Mietzins zusteht, so daß eine durch § 573 zu regelnde Interessenkollision zwischen Erwerber und Vermieter nicht vorzuliegen scheint. Dafür spricht auch, daß der Vermieter, wenn er über die Mietzinsforderung des Erwerbers verfügt oder eine Vorauszahlung entgegengenommen hat, die gem. §§ 573, 574 dem Erwerber gegenüber

---

1) Vgl. HUBMANN AcP 1956 S.96 und seine Ausführungen zum Begriff des Interesses.

2) LARENZ AT 305; KOHLER SR S.328; MITTELSTEIN S.661; PLANCK 3 b zu § 573; ROQUETTE 2 Anm.4 zu § 573; CROME S.569 Anm.19; S. 421 und dortige Anm.3.

wirksam ist, diesem verpflichtet ist, das Erlangte herauszugeben[1].

Eine Interessenkollision wird aber darin gesehen, daß dem Interesse des Erwerbers, für die Gebrauchsgewährung auch ein Entgelt vom Mieter zu erhalten, das Interesse des Vermieters gegenüberstehe, sich durch Verfügungen über Mietzins der nächsten Zeit oder durch Einziehung einer künftigen Mietzinsforderung Geld zu beschaffen[2]. Tatsächlich erlangt der Vermieter durch § 573 insofern einen Vorteil gegenüber dem Erwerber, daß er sich zunächst durch Verfügung oder Einziehung der Forderung Geld verschaffen kann, während der Erwerber seine Mietzinsforderung gegenüber dem Mieter verliert und auf einen Ersatzanspruch gegenüber dem Vermieter angewiesen ist.

Zur Rechtfertigung für die vermeintliche Bevorzugung des Vermieterinteresses wird ausgeführt, daß bei strenger Durchführung des Satzes, daß nur der Erwerber über seine, sich während seiner Eigentumszeit ergebende Mietzinsforderung verfügen könne, dem Vermieter die Möglichkeit genommen werde, über künftige Mietzinsforderungen im voraus zu verfügen, da die Verfügung bei späterer Veräußerung dem Erwerber gegenüber unwirksam sein würde. Für solche Verfügungen bestünde aber ein wirtschaftliches Bedürfnis des Vermieters[3].

Man kann der Auffassung sein, daß der Vermieter durch § 571 in seinen Interessen beeinträchtigt

---

1) Vgl. KRESS S.89.

2) PLANCK 1 a vor §§ 573-576; PALANDT-PUTZO 1 b zu § 573; STAUDINGER-KIEFERSAUER 14 zu § 573.

3) Vgl. PLANCK a.a.O.

wird. Da Dritte und Mieter mit der Unwirksamkeit rechnen müssen, werden Voreinziehungen und Vorausverfügungen erschwert oder im konkreten Fall unmöglich, wenn der künftige Eigentumswechsel schon bekannt ist. Da dem Vermieter aber, solange er Eigentümer ist, auch noch das Anwartschaftsrecht auf die künftigen Forderungen zusteht, wird er, da er dessen wirtschaftlichen Wert[1] nicht oder schwer realisieren kann, in seinen Interessen beeinträchtigt.
Nun hat es aber der Vermieter (Veräußerer) durch entsprechende Gestaltung des obligatorischen Vertrags - z.B. durch Schließung des Vertrags unter der Bedingung der Genehmigung seiner Vorausverfügungen durch den Erwerber - in der Hand, die Wirksamkeit dieser Verfügungen herbeizuführen, so daß seine Bevorzugung aus diesem Grunde nicht gerechtfertigt ist. Da der Vermieter die Veräußerung selbst veranlaßt und diese in der Regel nicht überraschend erfolgt, sondern von langer Hand vorbereitet ist, verfügt der Vermieter im vollen Bewußtsein seiner Nichtberechtigung. Neben seinem Interesse an der Geldbeschaffung ist ein schutzwürdiges Interesse für seine Bevorzugung deshalb nicht erkennbar.

HECK[2] hält nun dieses rein wirtschaftliche Bedürfnis des Vermieters, sich durch Verfügung über künftige Mietzinsforderungen Geld zu beschaffen, für

---

1) Vgl. LARENZ SR I S.387 f , soweit die Forderung auf Leistung geht, die Vermögenswert hat, stellt die Forderung selbst schon einen wirtschaftlichen Wert dar. Gleiches muß aber auch für das entsprechende Anwartschaftsrecht gelten; so auch LARENZ AT S.236, 488.

2) HECK SR S.315.

ein schutzwürdiges Interesse. Es besteht aber ein allgemeiner Grundsatz, daß "jedermann für seine Zahlungsunfähigkeit schlechthin einstehen muß"[1]. Aus diesem Grunde wird der Schuldner bei Gattungsschulden auch nicht von seiner Leistungspflicht befreit, selbst wenn er unverschuldet in wirtschaftliche Schwierigkeiten gerät und ihm die nötigen Geldmittel fehlen, um den Leistungsgegenstand zu beschaffen[2].

Da nicht einmal unverschuldete wirtschaftliche Schwierigkeiten den Schuldner in einem solchen Falle von seiner Leistungspflicht befreien und auf den Erfüllungsanspruch des Gläubigers keinen Einfluß haben, kann ein lediglich wirtschaftliches Bedürfnis des Vermieters an der Geldbeschaffung einen Rechtsverlust des Erwerbers nicht rechtfertigen. Dies folgt auch aus § 823 Absatz 1. Das Vermögen einer Person - "die Gesamtheit der ihr jeweils zustehenden geldwerten Rechte"[3], ist kein Recht, so daß eine Schädigung des Vermögens ohne gleichzeitige Verletzung eines Vermögensrechts nicht zum Ersatz des Schadens gem. § 823 Absatz 1 verpflichtet.[4] Die wirtschaftliche Situation des Einzelnen ist deshalb auch kein rechtlich geschütztes Gut.

Das bloße Interesse des Vermieters an der Geldbeschaffung ist deshalb nicht schutzwürdig. Die Wertung des Gesetzgebers zu Ungunsten des Erwerbers

---

1) LARENZ SR I S.108, 232; vgl. auch BALLERSTEDT S. 268.

2) LARENZ SR I S.133; ESSER SR I S.123;30EHMER Einführung 346 f.

3) LARENZ AT S.306.

4) Vgl. LARENZ SR II S.451.

kann folglich nicht darauf beruhen, daß er dieses Interesse des Vermieters bevorzugte. Der Erwerber hat nämlich neben einem ebenso starken wirtschaftlichen Interesse, durch die Mieteinnahmen die Mittel zur Bestreitung wirtschaftlicher Bedürfnisse zu erhalten, ein subjektives Recht - das Eigentum am Grundstück - und damit ein schutzwürdiges Interesse an der Nutzung seines Eigentums. § 573 kann deshalb nicht den Schutz des Vermieters bezwecken.

bb) Schutz des Dritten, zu dessen Gunsten verfügt wird

Durch die in § 571 getroffene Regelung wird aber auch der Dritte, zu dessen Gunsten der Vermieter verfügt hat, in seinen Interessen beeinträchtigt. Da der Vermieter, soweit für die Mietzinsforderung schon der Grund gelegt ist, ein Anwartschaftsrecht auf die künftig entstehenden Forderungen innehat[1], wurde dem Dritten, zu dessen Gunsten verfügt wurde, dieses Anwartschaftsrecht entweder übertragen oder ihm ein Recht daran eingeräumt (Abtretung, Verpfändung). Der Dritte hat somit ein Recht erworben. Im Falle der Veräußerung wird dieses Recht des Dritten jedoch durch die in § 571 getroffene Regelung gegenstandslos, so daß der Dritte in seinen Interessen beeinträchtigt wird. Ist nun dieses Interesse des Dritten rechtlich geschützt?
Normalerweise wird der Dritte, zu dessen Gunsten über ein Anwartschaftsrecht verfügt wurde, in sei-

---

1) LARENZ SR I S.398 f.; GILLMANN S.26.

ner Erwerbsaussicht geschützt, so daß z.B. weitere Verfügungen des ursprünglichen Rechtsinhabers unwirksam sind[1]. Das Vollrecht entsteht jedoch nur dann in der Person des Dritten, wenn es ohne die Verfügung, z.B. Abtretung, in der Person des Zedenten entstanden wäre[2]. Entsteht das Vollrecht überhaupt nicht, fällt das Anwartschaftsrecht ersatzlos weg[3], z.B. ist dies der Fall, wenn das vermietete Gebäude durch Brand vernichtet wird, so daß der Gebrauch nicht gewährt werden kann und die Bedingung für die Entstehung der Mietzinsforderung nicht eintritt. Das gleiche gilt aber auch dann, wenn das Recht zwar entsteht, nicht aber in der Person desjenigen, der über das Anwartschaftsrecht verfügt hat. Denn nur wenn ohne die Verfügung alle Voraussetzungen der Entstehung in der Person des Zedenten gegeben wären, erstarkt das Anwartschaftsrecht zum Vollrecht[4]. Bei der Veräußerung eines vermieteten Grundstücks entsteht nun gemäß § 571 Absatz 1 die künftige Mietforderung nicht in der Person des Vermieters, sondern in der des Erwerbers, so daß das Anwartschaftsrecht des Dritten ersatzlos wegfällt. Die Erwerbsaussicht ist auch in diesem Fall nicht rechtlich geschützt. Als rechtlich geschütztes Interesse des Dritten, das der Regelung des § 573 zugrunde liegen könnte, käme ein berechtigtes Vertrauen in die Rechtsinhaberschaft in Betracht.

---

1) Vgl. LARENZ SR I S.398 f.

2) Vgl. LARENZ AT S.489; denn der Dritte als Anwartschaftsberechtigter erlangt die gleiche Rechtsstellung, wie sie der Vermieter als bisheriger Berechtigter hatte.

3) Vgl. LARENZ SR II S.90 im Hinblick auf die Eigentumsanwartschaft, gleiches muß aber auch für andere Anwartschaftsrechte gelten.

4) Vgl. oben Anm.2.

In dem Mietverhältnis und dem Eigentum des Vermieters könnte ein gewisser Vertrauenstatbestand gesehen werden, da mit dem Mietverhältnis die Aussicht darauf verbunden ist, Ansprüche auf Mietzins für die Zukunft zu erwerben[1]. HECK[2] meint sogar, mit dem Mietverhältnis sei der Rechtsschein künftiger Erträge verbunden.
Das Vertrauen ist aber nur dann schutzwürdig, wenn es durch einen äußeren Tatbestand gerechtfertigt ist, der einen Rechtsschein für nicht vorhandene Rechtsinhaberschaft erzeugt[3]. Durch die Tatsache, daß der Vermieter zur Zeit der Verfügung Eigentümer ist, wird aber keine nicht vorhandene Rechtsinhaberschaft vorgespiegelt, denn der Vermieter ist zu diesem Zeitpunkt noch berechtigt, über die künftig entstehenden Mietzinsforderungen zu verfügen, da er Inhaber des Anwartschaftsrechts ist. Es wird dadurch höchstens ein "Rechtschein" für künftige Rechtsinhaberschaft erzeugt, dafür, daß die Forderung auch in der Person des Vermieters entsteht, wenn sich die Verhältnisse nicht ändern. Das Vertrauen des Dritten richtet sich also darauf, daß der Vermieter auch Eigentümer bleiben wird, somit Inhaber der Forderung geworden wäre, wenn er nicht verfügt hätte.
Dieses Vertrauen des Dritten stellt sich als ein Vertrauen auf die "Fortdauer der bisherigen Rechtslage"[4] dar.
Schutzwürdig ist das Vertrauen auf die Fortdauer der bisherigen Rechtslage aber nur dann, wenn je-

---

1) LARENZ AT S.220.

2) HECK SR S.318.

3) BOEHMER Einführung S.311; VALENTIN S.63; FRIEDRICHS S.1.

4) BOEHMER a.a.O.

mand darauf vertraut, "daß sein bisheriger Geschäftsgegner in dieser Position verblieben ist"[1], wenn sich das Vertrauen also darauf bezieht, daß sich eine in der Vergangenheit bestandene Rechtslage im Verlauf der Zeit bis zum Zeitpunkt der Vornahme der Handlung, deren Wirksamkeit in Frage steht, nicht geändert hat, wie z.B. im Falle des § 407.

Im vorliegenden Falle richtet sich das Vertrauen des Dritten aber darauf, daß sich in Zukunft nichts ändert. Es ist deshalb ebensowenig berechtigt, wie mit dem Mietverhältnis der Rechtsschein künftiger Erträge verbunden ist.

Ein schutzwürdiges Interesse des Dritten an der Wirksamkeit der Verfügungen des Vermieters liegt deshalb nicht vor. Weder das Vertrauen des Dritten, zu dessen Gunsten verfügt wurde, noch dessen Erwerbsaussicht sind rechtlich geschützte Interessen.

Der Schutz des Dritten kann deshalb durch die Regelung des § 573 nicht bezweckt sein.

cc) Schutz des Erwerbers

Die §§ 573, 574 sind, wie dargelegt, Ausnahmevorschriften zu § 571[2], in denen unter bestimmten Voraussetzungen Verfügungen und Rechtsgeschäfte des Vermieters in bezug auf den Mietzins des Erwerbers für wirksam erklärt werden, so daß dessen Recht auf den Mietzins beschränkt wird. Diese Normen, die das Recht des Erwerbers beschneiden, kön-

---

1) BOEHMER Einführung S. 320.

2) oben Seite 26.

nen deshalb nicht seinem Interesse dienen, seinen Schutz bezwecken.
Auch der 8. Zivilsenat des BGH ist der Auffassung, daß das Recht des Erwerbers auf den Mietzins sich aus § 571 ergibt, und daß dieses Recht nur in den Grenzen der §§ 573, 574 eingeschränkt werden könne[1]. Die Ansicht des 5. Zivilsenats[2], daß diese Normen dem Interesse des Erwerbers dienten, sind deshalb schon auf Grund der Darlegungen des 8. Zivilsenats unzutreffend.
Die Auffassung, daß die §§ 573, 574 den Schutz des Erwerbers bezwecken, ist nur bei HECK begründet, da er ja aus diesen Normen das Recht des Erwerbers auf den Mietzins ableitet[3].

c) Erkennen des Zwecks des § 573 mit Hilfe objektiv-teleologischer Kriterien

aa) Natur der Sache

Es wurde nachgewiesen, daß der Gesetzgeber durch die Regelung des § 573 weder den Schutz des Vermieters, noch den des Dritten, noch den des Erwerbers bezweckt haben kann. Bevor nun die Auffassung, daß § 573 auch den Schutz des Mieters bezwecke[4], nachgeprüft werden soll, wird versucht, mit Hilfe der Natur der Sache den konkreten Zweck des Gesetzes und die vom Gesetzgeber getroffenen Wertungen zu erkennen.

---

1) BGHZ 37, 346 (352); Urteil des 8. Zivilsenats vom 11.7.1962.

2) Vgl. BGHZ 6, 202, 15, 296.

3) HECK SR S.314 f.

4) Vgl. oben S. 50 Anm.1.

Unter der Natur der Sache ist der den Lebensverhältnissen von vornherein innewohnende bestimmte Sinn und die dadurch geforderte Ordnung zu verstehen[1].
Eine rechtliche Wertung beruht auf der Natur der Sache, wenn die dem objektiven Zweckgedanken des Lebensverhältnisses, d.h. die ihrer Natur entsprechende Ordnung erkannt und durch die rechtliche Wertung berücksichtigt wird.

Durch das Mietverhältnis wird ein Gegenstand einer Person auf Zeit zum Gebrauch überlassen. Im Gesetz zur Leihe geschieht dies nicht kostenlos, sondern nur gegen Leistung eines vereinbarten Entgelts[2].
Das Mietverhältnis dient somit der Kapitalnutzung[3] und erfüllt eine wirtschaftliche Funktion. Diese wirtschaftliche Funktion ist typisch für dieses Rechtsverhältnis, ist ihm immanent, liegt in seiner Natur.
Der Grundsatz "Kauf bricht nicht Miete" widerspricht dann der Natur der Sache, dem objektiven Zweckgedanken des Mietverhältnisses, wenn dadurch die wirtschaftliche Funktion der Miete beeinträchtigt wird. Dies ist der Fall, wenn der durch die Mietzinsforderung verkörperte gegenwärtige Vermögenswert auf Grund der in § 571 Absatz 1 getroffenen Regelung nicht mehr realisiert werden kann.
Die Realisierung erfolgt durch Einziehung der Forderung oder durch Verfügung zugunsten eines Dritten (z.B. Abtretung, Verpfändung).
Durch den Übergang des Eigentums auf den Erwerber wird aber nicht jede Verfügung oder Forderungsein-

---

1) Vgl. LARENZ ML S.388; Wegweiser S.291.
2) Vgl. § 535.
3) LARENZ SR II S.138; MOLITOR SR II S.53.

ziehung des Vermieters unwirksam, sondern nur soweit die künftig entstehende Mietzinsforderung des Erwerbers betroffen wird. Die Einziehung oder Verfügung über schon entstandene Mietzinsforderungen wird nicht beeinträchtigt[1].
Zwar stellen auch die künftigen Mietzinsforderungen, da durch den Abschluß des Mietvertrags für ihre Entstehung schon der Grund gelegt ist, einen gegenwärtigen Vermögenswert dar[2]. Die Unwirksamkeit von Verfügungen und Vorauszahlungen tritt jedoch nur für den Fall des Eigentumsüberganges ein, so daß die Realisierung dieses Vermögenswertes durch die Regelung des § 571 Abs.1 nicht generell unmöglich wird. Die wirtschaftliche Funktion der Miete wird deshalb durch den Grundsatz "Kauf bricht nicht Miete" nicht generell beeinträchtigt. Eine Abmilderung der aus § 571 Abs.1 sich ergebenden Rechtsfolgen mit Rücksicht auf die wirtschaftliche Funktion der Miete war deshalb nicht erforderlich.
Die Natur der Sache ist folglich nicht der rechtfertigende Grund für die Wirksamkeit der Verfügungen in § 573.

bb) Sicherheit und Leichtigkeit des Rechtsverkehrs

Das wirtschaftliche Interesse des Vermieters an der Wirksamkeit seiner Verfügungen gegenüber dem Erwerber ist zwar nicht rechtlich geschützt[3].

---

1) Da es sich um Forderungen des Vermieters, nicht des Erwerbers handelt; vgl. oben S.32 Anm.2.
2) Vgl. oben S. 56 Anm. 1 u. unten S.63 Anm.3.
3) Vgl. oben S. 55 f.

Der Vermieter hat aber, wie HECK sagt[1], ein legitimes Interesse daran, sich durch Verfügung über künftige Mietzinsforderungen Geld zu beschaffen. Da für die Mietzinsforderungen mit dem Mietvertrag schon der Grund gelegt ist, besteht ein Anwartschaftsrecht auf die erst künftig entstehenden Forderungen[2]. Dieses Anwartschaftsrecht ist ein gegenwärtiges Vermögensrecht, denn die begründete Aussicht auf den Erwerb der Forderung verkörpert einen bestimmten wirtschaftlichen Wert[3]. Für die Nutzung dieses Wertes durch Abtretung oder Verpfändung der künftigen Forderung besteht ein Verkehrsbedürfnis[4]. Verfügungen des Vermieters über Mietzins der nächsten Zeit sind häufig eine wirtschaftliche Notwendigkeit[5], sie sind deshalb üblich und zahlreich. Eine Änderung der Eigentumsverhältnisse an einem vermieteten Grundstück findet dagegen relativ selten statt. Die Unsicherheit über die Wirksamkeit solcher Verfügungen und die anzustellenden Nachforschungen darüber, ob der Vermieter auch Eigentümer geblieben ist, stünden deshalb in keinem Verhältnis zu dem tatsächlichen Erfordernis.

Bei jeder Verfügung des Vermieters über Mietzins, der das Entgelt für eine Gebrauchsgewährung in der Zukunft darstellt, müßte erst abgewartet werden,

---

1) HECK SR S.315.

2) LARENZ SR I S.398 f.; GILLMANN S.26.

3) Vgl. LARENZ AT S.84; ESSER SR II S.63 und oben S. 56 Anm. 1.

4) LARENZ a.a.O.; STAUDINGER-KIEFERSAUER 14 zu § 573.

5) KIEFERSAUER-GLASER 2 zu § 573; PALANDT-PUTZO 1 b zu § 573; PLANCK 1 a zu §§ 573-576; ENDEMANN S.1081 Anm.28; HECK SR S.315.

ob sich die Eigentumsverhältnisse am Grundstück ändern oder nicht, bevor die endgültige Wirksamkeit festgestellt werden könnte. Infolge dieser ihr anhaftenden Unsicherheit ist die künftige Mietzinsforderung, die Gegenstand des Rechtsverkehrs[1] wird, wenn zugunsten eines Dritten darüber verfügt wird, nicht verkehrsfähig.

Verfügungen zugunsten eines Dritten über die künftige Mietzinsforderung werden dadurch generell erschwert und der Güteraustausch wird beeinträchtigt. Der moderne Rechtsverkehr - der nach Rechtsregeln sich vollziehende Austausch von Gütern, Sach- und Dienstleistungen unter grundsätzlich gleichberechtigten Personen[2] - verlangt aber eine rasche und ungestörte Abwicklung[3], so daß die Allgemeinheit ein großes Interesse an der Sicherheit und Leichtigkeit des Rechtsverkehrs hat. Für Verfügungen über künftigen Mietzins bestand nach Auffassung des Gesetzgebers ein wirtschaftliches Bedürfnis[4]. Diesem Bedürfnis kam er dadurch entgegen, daß er solche Verfügungen erleichterte und damit der Sicherheit und Leichtigkeit, dem Schutz des Rechtsverkehrs diente. Denn durch die Regelung des § 573 wird das Interesse der Allgemeinheit an der Sicherheit und Leichtigkeit des Rechtsverkehrs in gewissem Umfang befriedigt. Mit

---

1) LARENZ SR I S.387 in bezug auf die schon entstandene Forderung, gleiches gilt aber für die künftig entstehende, die auch durch die Verfügung aus dem konkreten Schuldner-Gläubiger-Verhältnis gelöst wird und zum Dritten in Beziehung tritt.

2) LARENZ SR I 9.Aufl., S.1.

3) MEIER-HAYOZ S.82.

4) Prot. S.146; Denkschr. S.76.

der in § 573 Satz 1 ausgesprochenen Wirksamkeit werden die im laufenden Monat und bei Verfügung nach dem 15. eines Monats auch die im folgenden Monat entstehenden Mietzinsforderungen absolut verkehrsfähig. Jeder Dritte, zu dessen Gunsten über eine solche Forderung verfügt wurde, dem z.B. eine Mietforderung für den laufenden Monat abgetreten wurde, kann fest damit rechnen, daß sich das vom Vermieter erworbene Anwartschaftsrecht in seiner Person zum Vollrecht verdichtet, sobald die Bedingung für seine Entstehung eintritt - ohne Berücksichtigung der tatsächlichen Eigentumslage am Grundstück.
Soweit sich die Verfügungen des Vermieters auf in späterer Zeit entstehende Mietzinsforderungen beziehen, können gem. § 573 Satz 2 sowohl der Vermieter als auch der Dritte durch bloße Mitteilung der Verfügungen an den Erwerber deren Wirksamkeit herbeiführen und sind nicht auf eine Genehmigung des Erwerbers angewiesen.
Auch dadurch wird die Verkehrsfähigkeit der künftigen Mietforderung erhöht.

Der mit § 573 vom Gesetzgeber verfolgte Zweck ist deshalb der Schutz des Rechtsverkehrs.

d) Der rechtfertigende Grund der Wirksamkeit von Verfügungen des Vermieters über den Mietzins des Erwerbers in § 573

Obwohl durch die Regelung des § 573 einem allgemeinen wirtschaftlichen Bedürfnis Rechnung getragen wurde[1], beruht die Wertung des Gesetzgebers,

---

1) PLANCK 1a zu §§ 573-576; HECK SR S.315; ENDEMANN S.1081; ZIMMERMANN S.29; KIEFERSAUER-

die in § 573 getroffen wurde, nicht auf diesem wirtschaftlichen Bedürfnis.
Das Recht kann nicht wertfrei neben dem gesellschaftlichen Leben bestehen, sondern dient dazu, das menschliche Zusammenleben unter der Anforderung der Gerechtigkeit zu ordnen[1], es ist deshalb immer eine gewisse Abhängigkeit des Rechts von den realen Gegebenheiten[2] erkennbar.

Zwar wurde § 573 unter dem Einfluß der "wirtschaftlichen Tendenzen"[3] geschaffen, so daß diese Norm insofern von den realen Gegebenheiten abhing, diese sind deshalb aber noch nicht ratio legis der Norm, nicht Rechtsgrund der Norm, sondern lediglich tatsächlicher Grund, Anstoß für die gesetzgeberische Initiative[4]. Rechtfertigender Grund für die Wirksamkeit der Verfügungen ist vielmehr das Interesse der Allgemeinheit an der Sicherheit und Leichtigkeit des Rechtsverkehrs.

---

GLASER 2 zu § 573; STAMMLER-SCHOLLMEYER S.52; PALANDT-PUTZO 1 b zu § 573. Heute dürften Mietvorauszahlung und Baukostenzuschuß dieses wirtschaftliche Bedürfnis erfüllen, so daß Verfügungen über Mietzins zugunsten eines Dritten nicht mehr häufig sind.

1) Vgl. LARENZ ML S. 174.

2) Vgl. dazu die Ausführungen von FECHNER S.87 ff., 129 über die Abhängigkeit des Rechts von den realen Gegebenheiten.

3) HÜBNER S.41.

4) Zur Frage, inwieweit wirtschaftliche Verhältnisse einen Wandel des Rechts erzwingen können, vgl. FECHNER S.133 ff., 137.

e) Der rechtfertigende Grund der Wirksamkeit von Rechtsgeschäften zwischen Mieter und Vermieter hinsichtlich der Mietzinsforderungen des Erwerbers in § 574 Satz 1

§ 574 bezweckt nach h.M. den Schutz des Mieters[1]. Im Unterschied zu § 573 bezieht sich in § 574 Satz 1 die Wirksamkeit nicht auf das Rechtsgeschäft über die Mietzinsforderung des laufenden bzw. des folgenden Monats, in dem das Eigentum übergeht, sondern auf das Rechtsgeschäft über die Mietzinsforderung für den laufenden bzw. den folgenden Monat, in dem der Mieter Kenntnis vom Übergang des Eigentums erlangt. Voraussetzung ist allerdings, daß das Rechtsgeschäft vor der Kenntnis des Mieters vorgenommen wurde (vgl. § 574 Satz 2).
Dadurch wird die Wirksamkeit aber nicht auf Rechtsgeschäfte beschränkt, die nach dem Übergang des Eigentums auf den Erwerber vorgenommen werden, sondern erstreckt sich auch auf Rechtsgeschäfte, die v o r dem Eigentumsübergang vorgenommen sind. Insofern enthält § 574 Satz 1 eine Erweiterung gegenüber § 573 Satz 1[2].
Dies ist dadurch gerechtfertigt, daß durch den Eigentumsübergang der Vertragspartner des Mieters ohne sein Wissen und Zutun wechselt, so daß die Mietzinsforderung nicht bei dem bisherigen Gläubiger, dem Vermieter entsteht, sondern der Erwerber Gläubiger wird.

---

1) Vgl. oben S. 49 Anm. 4.
2) Vgl. PLANCK 1 c vor §§ 573, 574.

Der Mieter befindet sich insofern in einer ähnlichen Lage wie der Schuldner einer schon entstandenen Forderung, die gem. § 398 abgetreten wird, so daß der Schuldner, ohne davon Kenntnis zu haben, einem anderen Gläubiger verpflichtet ist.

Leistet nun der Schuldner an den bisherigen Gläubiger, ohne Kenntnis von der Abtretung, vertraut er darauf, daß sein Geschäftsgegner in der bisherigen Position verblieben ist. Sein Vertrauen auf die fortdauernde Gläubigerschaft ist berechtigt und schutzwürdig[1].
Sowohl der Schuldner bei der Abtretung der Forderung als auch der Mieter im Falle des Eigentumswechsels, die mit dem bisherigen Gläubiger Rechtsgeschäfte vornahmen, vertrauen auf dessen fortdauernde Gläubigerschaft.
Rechtsgeschäfte, die der Schuldner vor Kenntnis von der Abtretung mit dem bisherigen Gläubiger vornimmt, sind deshalb dem wirklichen Gläubiger gegenüber wirksam gem. § 407 Abs.1. Ratio legis dieser Vorschrift ist das berechtigte Vertrauen des Schuldners.
Nur soweit auch der Mieter berechtigt auf die fortdauernde Gläubigerschaft des Vermieters vertraut, ist die zwischen § 574 und § 407 Abs.1 gezogene Parallele aber zutreffend[2].

Das Vertrauen des Mieters ist nämlich nur dann berechtigt, wenn die Rechtsgeschäfte, die er mit dem bisherigen Gläubiger vor Kenntnis des Eigentumswechsel vornimmt, schon entstandene Mietzins-

---

1) Vgl. oben S. 58 und BOEHMER Einführung S.311, 320.

2) Vgl. STAUDINGER-KIEFERSAUER 7 zu § 574; Prot. S. 146.

forderungen betreffen. Also z.B. dann, wenn der Mieter dem Vermieter nach dem Eigentumsübergang noch die Miete für einen Zeitraum bezahlt, für den der Erwerber schon den Gebrauch gewährt hat. Nur in diesem Fall vertraut der Mieter darauf, daß der Gläubiger - Vermieter auch Gläubiger geblieben ist.
Betrifft das Rechtsgeschäft dagegen eine erst künftig entstehende Mietzinsforderung, so liegt - ebensowenig wie bei dem Dritten, zu dessen Gunsten der Vermieter über eine künftige Mietzinsforderung verfügt hat, ein berechtigtes Vertrauen des Mieters vor, wodurch die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts gegenüber dem Erwerber gerechtfertigt wäre. Denn auch der Mieter nimmt - ebensowenig wie der Dritte, zu dessen Gunsten über eine künftige Mietzinsforderung verfügt wird - dieses Rechtsgeschäft nicht im Vertrauen auf eine scheinbar bestehende Rechtslage, sondern im Vertrauen darauf vor, daß sich die Rechtsverhältnisse in Zukunft nicht ändern, daß der derzeitige Vermieter auch Vermieter bleibt. Da für die Zukunft aber kein Rechtsschein bestehen kann, an den sich ein Vertrauensbestand knüpfen könnte, ist ein solches Vertrauen des Mieters rechtlich nicht geschützt[1].

Der Mieter, zu dessen Gunsten der Grundsatz "Kauf bricht nicht Miete" gilt, muß vielmehr damit rechnen, daß sein Vertragspartner und künftiger Gläubiger eines Tages wechseln kann. Er handelt deshalb auf eigenes Risiko, wenn er Mietzins im voraus entrichtet oder Rechtsgeschäfte über künftige

---

1) Vgl. oben S. 58 f.

Mietzinsforderungen vornimmt und müßte eine spätere Unwirksamkeit in Kauf nehmen.
Nun wurde aber im Laufe der Zeit die Vorleistungspflicht immer mehr auf den Mieter verlagert[1], sei es, weil ein tatsächliches wirtschaftliches Bedürfnis für die Voreinziehung der Miete oder ein Sicherheitsbedürfnis der Vermieter bestand, so daß heute die Vorauszahlung des Mietzinses für die laufende Mietzinsperiode der allgemeinen Verkehrsübung entspricht[2].
Da die Mieter aber generell wirtschaftlich und sozial unterlegen sind[3], zahlten sie nicht freiwillig im voraus, sondern hatten - durch die tatsächlichen Verhältnisse dazu gezwungen - nur die Möglichkeit der Unterwerfung unter diese Verkehrssitte. Dies gilt insbesondere für die Zeit der großen Wohnraumknappheit[4] seit dem ersten Weltkrieg und die daraus resultierende Monopolstellung[5] der Grundstückseigentümer. Dies konnte auch der Gesetzgeber nicht ignorieren. Er mußte dafür sorgen, daß bei einem Wechsel des Eigentums die nachteiligen Folgen dieser Verkehrssitte nicht dem generell wirtschaftlich und sozial schwachen Partner aufgebürdet werden. Diese Pflicht ergibt sich aus dem Sozialstaatsprinzip, das den Gesetzgeber zur Schaffung sozial gerech-

---

1) Vgl. ROQUETTE 1 zu § 551.

2) Vgl. § 4 des Deutschen Einheitsmietvertrages; ROQUETTE 9 zu § 551; ESSER SR II S.100.

3) Vgl. dazu LARENZ AT S.93 f.

4) LARENZ SR II, 9.Aufl. 1968, S.164; STAUDINGER-KIEFERSAUER Vorb. 37 zu §§ 573, 574; MICHAELIS Das Mietgericht 1931 S.123.

5) STAUDINGER-KIEFERSAUER Vorb.4, 170 zu §§ 573, 574.

ter Verhältnisse auffordert. Die unter der Anforderung eines Sozialstaates lebende Gemeinschaft hat deshalb ein Interesse an der Verhinderung sozialer Ungerechtigkeiten[1].
Das Individualinteresse des Mieters an der Wirksamkeit, das nicht rechtlich geschützt ist, wird also von einem gleichgerichteten Sozialinteresse überlagert.
Dieses Interesse der Allgemeinheit an der Verhinderung sozialer Ungerechtigkeit ist der rechtfertigende Grund für die Wirksamkeit in § 574 Satz 1.

f) Das Verhältnis von § 573 zu § 574 Satz 1

Aus dem Zweck und dem sachlichen Zusammenhang ist zu entnehmen, ob die §§ 573, 574 nebeneinander anwendbar sind[2].
Bei Schaffung des § 573 Satz 2 wurde erkennbar nicht der Zweck verfolgt, den Mieter zu schützen[3]. Aber der Gesetzgeber billigte ausdrücklich die Anwendung des § 573 Satz 2 auf den Mieter[4]. Die überwiegende Meinung steht deshalb auf dem Standpunkt, daß die §§ 573, 574 nebeneinander anwendbar seien[5].

---

1) Vgl. dazu LARENZ AT S.93, Anm.1.

2) LARENZ ML S.207.

3) Vgl. oben S. 49 ff.

4) Prot. S.146.

5) Vgl. STAUDINGER-KIEFERSAUER 18 zu § 573, wohl auch ESSER S.114 und ENDEMANN S.1061; SOERGEL-SIEBERT-MEZGER 3 zu §§ 573, 574; PALANDT-PUTZO 2 zu § 573, widersprüchlich aber 1 b zu § 573; ROQUETTE 4 zu § 573; PLANCK 1 c vor §§ 573, 574.

Wenn durch § 573 auch der Schutz des Mieters bezweckt wurde, müßte sich eine entsprechende Wertung nachweisen lassen.
Es fragt sich deshalb auch hier wieder, ob ein schutzwürdiges Interesse des Mieters, der Vorauszahlungen für längere Zeit geleistet hat, vorliegt. Dies ist aber zu verneinen, da nur das Vertrauen des Mieters in Betracht käme, das ebensowenig wie im Falle des § 574 nicht berechtigt und deshalb nicht schutzwürdig ist.

Auch auf der generellen sozialen und wirtschaftlichen Unterlegenheit der Mieter und dem Interessen der Allgemeinheit an der Verhinderung sozial ungerechter Verhältnisse beruht die rechtliche Wertung nicht. Denn der Gesetzgeber war der Auffassung, daß Vorauszahlungen auf längere Zeit von den sozial und wirtschaftlich schwachen Bevölkerungskreisen überhaupt nicht geleistet würden, da diese wirtschaftlich dazu gar nicht in der Lage seien[1].
Da der ausdrückliche Schutz des Mieters bei Schaffung der Norm nicht bezweckt wurde, § 573 Satz 2 aber seinem Wortsinn nach auch auf Verfügungen angewendet werden könnte, die der Vermieter dem Mieter gegenüber vornimmt, ist die Anwendung des § 573 Satz 2 nur gerechtfertigt, wenn der mit § 573 verfolgte Zweck dies fordert.

Zweck des § 573 ist, wie oben dargelegt wurde, der Schutz des Rechtsverkehrs[2]. Rechtsverkehr ist der nach Rechtsregeln sich vollziehende Austausch von Gütern, Sach- und Dienstleistungen

---

1) Prot. a.a.O.
2) Vgl. oben S. 65.

unter grundsätzlich gleichberechtigten Personen[1]. Eine konkrete Leistungsbeziehung, innerhalb derer sich ein Güteraustausch nach Rechtsregeln vollzieht, ist deshalb ein Teil des allgemeinen Rechtsverkehrs. Trotzdem wird durch Rechtsgeschäfte, die der Abwicklung innerhalb dieser konkreten Leistungsbeziehung dienen, der allgemeine Rechtsverkehr nicht berührt. Denn diese Rechtsgeschäfte betreffen nur das Innenverhältnis Gläubiger - Schuldner und haben keine unmittelbare Außenwirkung auf den allgemeinen Güterumlauf und Güteraustausch. Eine Entscheidung des Gesetzgebers zugunsten eines an der konkreten Leistungsbeziehung Beteiligten kann deshalb niemals auf dem Interesse der Allgemeinheit an der Sicherheit und Leichtigkeit des Rechtsverkehrs beruhen, sondern anstelle dieses Interesses muß ein schutzwürdiges Interesse des Einzelnen gegeben sein, das die Wertung zu seinen Gunsten rechtfertigt. Das soziale Interesse an der Sicherheit und Leichtigkeit des Rechtsverkehrs wird nur dann berührt, wenn die konkrete Leistungsbeziehung unmittelbare Außenwirkung gegenüber Dritten entfaltet.
Eine Norm, die den Schutz des Rechtsverkehrs bezweckt, kann sich deshalb nur auf Rechtsgeschäfte beziehen, die den allgemeinen Güteraustausch betreffen, nicht auf Rechtsgeschäfte, die der Abwicklung des konkreten Leistungsaustausches dienen.
Eine Verfügung, die der Vermieter nun dem Mieter gegenüber trifft, wie z.B. Aufrechnung oder Erlaß, betrifft nur die konkrete Leistungsbeziehung Vermieter-Mieter.

---

1) LARENZ SR I 9.Aufl., S.1.

Solche Verfügungen werden deshalb durch den Zweck des § 573 nicht erfaßt. § 573 Satz 2 ist deshalb nach dem Sinn und Zweck dieser Vorschrift nicht auf Verfügungen gegenüber dem Mieter anwendbar[1].

g) Gesamtanalogie zu den §§ 573, 574 ?

Der rechtfertigende Grund für die Wirksamkeit von Rechtsgeschäften des Vermieters hinsichtlich der Mietzinsforderung des Erwerbers ist in § 573 das Interesse der Allgemeinheit an der Sicherheit und Leichtigkeit des Rechtsverkehrs[2]; in § 574 das Interesse der Allgemeinheit an der Verhinderung sozialer Ungerechtigkeiten[3]. In beiden Normen sah der Gesetzgeber das Allgemeininteresse als überwiegend an und entschied zu Ungunsten des Erwerbers. Warum überwiegt in diesen Fällen das Interesse der Allgemeinheit?

Diese Frage ist berechtigt, denn es besteht keineswegs ein allgemeiner Grundsatz, daß das rechtlich geschützte Individualinteresse immer dann zurückzutreten habe, wenn es einem Gemeinschaftsinteresse gegenüberstehe[4]. Dem Gemeinschaftsinteresse ist aber dann der Vorzug zu geben, wenn das vom Einzelnen verfolgte Interesse zwar schutzwürdig ist, wenn der Einzelne im konkreten Fall aber nicht schutzbedürftig ist. Dies muß

---

1) Im Ergebnis auch LARENZ SR II S.161 f.; KIEFER-SAUER-GLASER 2 zu § 573; PALANDT-PUTZO 1 b zu § 573 widersprüchlich aber2zu § 573; LUTZ S.422.

2) Vgl. oben S.66.

3) Vgl. oben S.71.

4) Vgl. HUBMANN S.93 f., S. 98.

bei § 573 der Grund dafür gewesen sein, daß der Gesetzgeber das Interesse der Allgemeinheit an der Sicherheit und Leichtigkeit des Rechtsverkehrs bevorzugte.
Die mangelnde Schutzbedürftigkeit ergibt sich daraus, daß der Erwerber in diesen Fällen keinen oder nur einen sehr geringen wirtschaftlichen Schaden erleidet. Dieser Auffassung war auch der Gesetzgeber[1]. Der Erwerber muß nämlich mit Verfügungen über den Mietzins des laufenden und des folgenden Monats rechnen[2], so daß er gleich gegenüber dem Vermieter seine Rechte wahren kann. Ebenso kann er im Falle des § 573 Satz 2 geeignete Maßnahmen treffen, wenn er vor dem Eigentumsübergang Kenntnis von den Verfügungen des Vermieters erhält. Da der Erwerber somit kaum einen wirtschaftlichen Schaden erleidet, ist der Rechtsverlust für ihn zumutbar.

Das gleiche gilt in bezug auf § 574 Satz 1. Auch hier bezieht sich die Wirksamkeit nur auf Rechtsgeschäfte über Mietzins für einen relativ kurzen Zeitraum, nämlich für die Mietzinsforderung des zum Zeitpunkt der Kenntnis des Mieters vom Eigentumsübergang laufenden und evtl. den nächsten Monat. Mit Rechtsgeschäften über Mietzins des laufenden und des folgenden Monats muß der Erwerber rechnen, da sie üblich sind. Außerdem hat er es selbst in der Hand, dem Mieter den Eigentumsübergang mitzuteilen und die Wirksamkeit von Rechtsgeschäften über seine Mietzinsforderung zu beschränken. Der Rechtsverlust ist dem Erwerber also auch hier zumutbar.

---

1) Prot. S.146; Denkschr. S.76.

2) So schon ENDEMANN S.1061, Anm.38.

Die Tatbestände der §§ 573, 574 Satz 1 stimmen also in der Hinsicht überein, die der rechtlichen Wertung zugrundeliegt, nämlich, daß dem Individualinteresse des Erwerbers ein Sozialinteresse gegenübersteht und daß der Rechtsverlust für den Erwerber zumutbar ist.
Trotzdem ist eine Analogie nicht möglich, wenn ein Analogieverbot des Gesetzgebers besteht.

Obwohl die §§ 573, 574 Satz 1 Ausnahmevorschriften zu § 571 Abs.1 sind, sind sie nicht grundsätzlich jeder Analogie unzugänglich. Die früher generell vertretene Ansicht, daß Ausnahmevorschriften eng auszulegen und einer Analogie nicht fähig seien, wird heute nicht mehr aufrechterhalten[1]. Vielmehr sind auch diese Normen daraufhin auszulegen und zu untersuchen, ob ein Analogieverbot vom Gesetzgeber gewollt ist, ob also ein "beredtes Schweigen"[2] des Gesetzes gegeben ist oder nicht.

aa) Analogieverbot des Gesetzgebers

Der Gesetzgeber von 1900 wollte erkennbar durch die §§ 573, 574 Satz 1 die aus § 571 Abs.1 sich ergebenden Rechtsfolgen abmildern[3]. Beeinträchtigungen, die sich auf Grund des dem System des BGB fremden Überganges des ganzen Mietverhältnisses auf den Erwerber ergeben konnten, sollten in bestimmtem Umfang vermieden werden. Dies sollte jedoch nicht dazu führen, daß das Recht des Erwer-

---

1) LARENZ ML S.329; WEINSHEIMER NJW 1959, 566.
2) LARENZ a.a.O., ML S.350.
3) Prot. S.146; Denkschr. S.75 f.

bers auf Mietzins praktisch abhängig würde von der Rechtsstellung des Vermieters[1].
Vielmehr sollte durch die §§ 573, 574 Satz 1 lediglich eine Regelung betreffs der Übergangszeit, in der der Eigentums- und Vermieterwechsel gem. § 571 Abs.1 stattfand, getroffen werden und hinsichtlich der Verfügungen, die dem Erwerber z.Z. des Eigentumsübergangs bekannt waren, so daß es für ihn absehbar sein würde, inwieweit er sein Recht auf Mietzins verlieren würde. Bei einer zulässigen Analogie würde sich die Rechtsstellung des Erwerbers jedoch so verschlechtern, daß er letzten Endes das Recht auf den Mietzins nur nach Zessionsgrundsätzen erwerben würde. Es ist offensichtlich, daß damit das aus § 571 Abs.1 sich ergebende grundsätzliche Recht des Erwerbers auf den Mietzins praktisch beseitigt würde.

In neuerer Zeit wandelte der Gesetzgeber lediglich die Vierteljahresfristen in Monatsfristen um, er traf aber keine gesetzlichen Maßnahmen hinsichtlich der Wirksamkeit von Baukostenzuschüssen, obwohl der Konflikt zwischen Aufbaumieter und Erwerber schon damals aktuell war und eine gesetzliche Regelung vielfach gefordert wurde[2].
Es scheint deshalb noch ein "beredtes Schweigen"[3] des Gesetzes und damit ein Analogieverbot in bezug auf die §§ 573, 574 Satz 1 vorzuliegen.

---

1) Prot. S.145 f.
2) Vgl. WÖRBELAUER NJW 1953, 1729 ff.; BGHZ 15,299.
3) LARENZ ML S.350.

bb) Aufhebung des Analogieverbots durch den Wandel der Normsituation

Ebenso wie die Auslegung des Gesetzes ist aber auch ein vom historischen Gesetzgeber getroffenes Analogieverbot nach dem heute maßgeblichen Sinn des Gesetzes zu beurteilen[1]:.Ist das vom Gesetzgeber von 1900 ausgesprochene Analogieverbot heute noch berechtigt? Der Gesetzgeber von 1953 hat es nicht ausdrücklich in seinen Willen aufgenommen, er hat vielmehr die Frage der Wirksamkeit des BKZ bewußt offen gelassen[2]. Eine Abweichung vom Willen des Gesetzgebers könnte sich durch einen Wandel der tatsächlichen Verhältnisse, auf die sich die Norm bezog, aus einer Änderung der "Normsituation"[3] ergeben.
Nun ist es zwar nicht Aufgabe des Richters, "die Rechtssätze den wechselnden tatsächlichen Verhältnissen jeweils anzupassen"[4], jedoch müssen die tatsächlichen Verhältnisse insofern Berücksichtigung finden, als der "Normzweck"[5] in der neuen Situation eine andere Auslegung fordert, nicht nur im Hinblick auf die Auslegung einer bestimmten Vorschrift, sondern auch in bezug auf die Frage, ob ein "beredtes Schweigen"[6] des Gesetzes vorliegt oder nicht.
Obwohl nun der Gesetzgeber von der Seltenheit von

---

1) Vgl. LARENZ ML S.300.

2) Vgl. BT-Drucksache Nr.4452; BGHZ 15,300; WEITNAUER Der Betrieb 1954, 796; WÖRBELAUER NJW 1953, 1729.

3) LARENZ ML S.330.

4) LARENZ ML S.333.

5) LARENZ a.a.O.

6) LARENZ ML S.350.

MVZ und BKZ[1] ausging, so faßte er doch die Möglichkeit in Betracht und schuf zur Regelung dieser Fälle die §§ 573, 574, so daß durch die Änderung der "Normsituation" auf Grund der Tatsache, daß BKZ und MVZ "inzwischen üblich geworden sind", das "beredte Schweigen" des Gesetzes nicht beseitigt wird.

Etwas anderes könnte sich aber ergeben, wenn die Grundstückseigentümer eine solche Monopolstellung[2] innegehabt hätten, daß sie den Mietern ihre Vertragsbedingungen aufzwingen konnten. In diesem Falle würde die Leistung eines BKZ oder eine MVZ nicht auf Grund freier Vereinbarung, sondern auf Grund eines diktierten Vertrags erfolgen. Der Gesetzgeber ging aber bei der Schaffung der §§ 573, 574 davon aus, daß Vermieter und Mieter den Mietvertrag als gleichberechtigte Partner schließen und auch eine Mietvorauszahlung auf dem rechtsgeschäftlichen Willen des Mieters beruht. Vollzieht sich aber der Güteraustausch nicht nach Rechtsregeln unter gleichberechtigten Personen, sondern liegt eine Ungleichheit der Ausgangslage vor, ist der Rechtsverkehr gestört und es liegt

---

1) Vgl. Prot. S.146: "Zum Schutze der kleinen Leute sei freilich diese Einschränkung des Prinzips nicht erforderlich, weil solche schwerlich auf längere Zeit Vorauszahlungen leisten ... Immerhin seien aber Fälle denkbar, z.B. wenn ein Miether bauliche Veränderungen an der Mietwohnung vorgenommen habe und hierdurch die Miethe für "mehrere Quartale habe getilgt sein sollen..."

2) Eine gewisse Monopolstellung der Grundstückseigentümer liegt immer dann vor, wenn der vorhandene Wohnraum zur Deckung des tatsächlichen Bedarfs nicht ausreicht, da sich Wohnraum ja nicht nach Bedarf vermehren läßt, also besonders in Krisenzeiten. Diese Monopolstellung versuchte die Bundesregierung durch die Maßnahmen der Wohnungszwangswirtschaft zu beseitigen.

ein sozialer Mißstand vor[1]. Der jeweilige Normzweck der §§ 573, 574 Satz 1 würde in diesem Falle die Wirksamkeit solcher Leistungen gegenüber dem Erwerber fordern, um diese Störung zu korrigieren.

Der BKZ war nach dem Kriege nicht nur ein Mittel für den Mieter, um den künftigen Besitz einer angemessenen Wohnung zu erlangen, sondern auch für den Grundstückseigentümer waren Baukostenzuschüsse der Mieter zur Finanzierung des Aufbaus notwendig, nicht selten waren sie die Voraussetzung für den Aufbau überhaupt[2]. Die Vereinbarung der Leistung eines BKZ beruhte deshalb nicht auf der Willkür der Eigentümer unter Ausnutzung einer Monopolstellung, sondern darauf, daß Mieter und Eigentümer durch die tatsächlichen Verhältnisse gezwungen waren, diese Vereinbarung zu treffen, um ihre Ziele verwirklichen zu können. Die Gleichheit der Ausgangslage war deshalb gegeben, so daß durch den Normzweck der §§ 573, 574 Satz 1 -Schutz des Rechtsverkehrs und Verhinderung sozialer Mißstände- die Wirksamkeit des BKZ gegenüber dem Erwerber, in den dem BGH zur Entscheidung vorgelegten Fällen nicht gefordert wurde.

Es ist deshalb nicht möglich, aus den §§ 573, 574 einen allgemeinen Grundsatz herauszuarbeiten und diesen Grundsatz auf den abwohnbaren BKZ anzuwenden, da sonst die Ausnahme zur Regel würde, was vom Gesetzgeber aber gerade verhindert werden sollte. Es liegt auf jeden Fall ein sog. Induktionsver-

---

1) Vgl. dazu LARENZ AT S.93 f., 98.

2) OLG München MDR 1952, 105; SOERGEL-SIEBERT-MEZGER 49 vor § 535; SCHUSTER MDR 1960, 184.

bot vor, d.h. das Verbot, die Methode der Gesamtanalogie anzuwenden[1].
Es kann dahingestellt bleiben, ob sich das Analogieverbot auch auf die sog. "Einzelanalogie"[2] bzw. "Gesetzesanalogie" zu den §§ 573 oder 574 erstreckt, oder ob eine solche zulässig ist, z.B. für die Beantwortung der Frage, ob § 573 oder § 574 analog anwendbar sind, wenn der Mietzins nicht nach Monaten, sondern nach Vierteljahren bemessen ist und auch vierteljährlich zu entrichten ist[3].

Denn eine Einzelanalogie zu den §§ 573 oder 574 wäre im vorliegenden Fall keineswegs tragfähig und könnte nicht die vom BGH vorgenommene Rechtsfortbildung rechtfertigen.

Die Verrechnungsabreden betreffen nur die konkrete Rechtsbeziehung Vermieter-Mieter, nicht aber den Rechtsverkehr[4]. Das Interesse der Allgemeinheit an der Sicherheit und Leichtigkeit des Rechtsverkehrs könnte deshalb nie die Wirksamkeit dieser Abreden gegenüber dem Erwerber rechtfertigen, so daß eine analoge Anwendung des § 573 überhaupt nicht in Betracht käme.

Auch § 574 wäre nicht analog anwendbar, da kein Interesse der Allgemeinheit an der Verhinderung sozialer Ungerechtigkeiten die Wirksamkeit der

---

1) Vgl. CANARIS S.97 f., 188.

2) Hier wird eine einzelne Gesetzesnorm auf den ähnlichen Sachverhalt entsprechend angewandt, LARENZ ML S.364, herkömmlicherweise als Gesetzesanalogie bezeichnet, vgl. LARENZ a.a.O.

3) Vgl. oben Seite 45.

4) Vgl. oben Seite 73 f.

Verrechnungsabreden gegenüber dem Erwerber rechtfertigen kann. Ein solches Interesse der Allgemeinheit würde nämlich bei der Unwirksamkeit der Abreden gegenüber dem Erwerber nicht berührt. Denn ein BKZ wird nicht gerade von den wirtschaftlich und sozial schwächsten Mietern geleistet, sondern von einer finanzkräftigeren Mittel- und Oberschicht[1]. Sofern diese Mieter wirtschaftliche Einbußen infolge der Unwirksamkeit der Verrechnungsabreden erleiden würden, kann im Hinblick auf den Erwerber des Grundstücks, der erst nach Eigentumsübergang von etwa geleisteten Baukostenzuschüssen erfährt, so daß ihm bei Wirksamkeit der Abreden ein erheblicher Schaden entstehen würde, da der Kaufpreis nicht entsprechend niedrig angesetzt war, nicht von sozialer Ungerechtigkeit gesprochen werden.

3. Das Interesse der Allgemeinheit an der Wirksamkeit der Verrechnungsabreden gegenüber dem Erwerber

Die soziale Bedeutung des abwohnbaren BKZ ist jedoch nicht zu übersehen.
Nach dem zweiten Weltkrieg bestand - verursacht durch die Kriegszerstörungen und den Zustrom der Flüchtlinge[2] - eine außerordentliche Wohnungsnot[3]. Der bestehende Wohnraum reichte nicht aus, um alle Wohnungsuchenden angemessen unterbringen

---

1) Vgl. STAUDINGER-KIEFERSAUER Vorb. 76 zu § 535.

2),3) LARENZ AT S.29; TWORECK S.1; STAUDINGER-KIEFERSAUER Vorb.39 zu § 535.

zu können[1]. Die Allgemeinheit hatte deshalb ein sehr großes Interesse an der Bewirtschaftung des bestehenden und der Erstellung von neuem Wohnraum[2].
Jede Maßnahme des Gesetzgebers[3] oder des Einzelnen, die diesem Interesse diente, erfüllte deshalb eine soziale Funktion, diente dem Wohl der Allgemeinheit[4]. Dies gilt auch für den BKZ , der zum Aufbau eines Hauses geleistet, dementsprechend verwendet wurde und nicht selten die Voraussetzung für den Aufbau eines Hauses darstellte[5].

Im Laufe der Zeit wurde nun die krasse Wohnungsnot zwar beseitigt, so daß der Gesetzgeber langsam von der Wohnraumbewirtschaftung absehen und Maßnahmen zur Einordnung der Wohnungswirtschaft in die soziale Marktwirtschaft treffen konnte[6]; Angebot und Nachfrage auf dem Wohnungsmarkt sind aber auch heute noch nicht ausgeglichen[7], und der Bedarf an Wohnraum wird auf Jahrzehnte nicht voll zu befriedigen sein[8]. Deshalb erfüllt auch heute noch

---

1) STAUDINGER-KIEFERSAUER Vorb. 39 vor § 535.

2) BGH LM Nr.2 zu § 903; OLG München MDR 1952, S.105.

3) Zu den einzelnen Maßnahmen des Gesetzgebers auf dem Gebiete der Wohnungszwangswirtschaft vgl. ROQUETTE Einleitung S.11 ff.

4) BGH LM Nr.2 zu § 903; AG Siegburg Urteil vom 16.6.1955 in NJW 1955, 1886.

5) OLG München MDR 1952, S.105; SOERGEL-SIEBERT-MEZGER Vorb. 49 zu § 535; SCHUSTER MDR 1960, S.184.

6) Vgl. dazu LARENZ AT S.30; ROQUETTE Einleitung S. 15 f.; SOERGEL-SIEBERT-MEZGER Vorb. 84 zu § 535.

7), 8) STAUDINGER-KIEFERSAUER Vorb. 13 zu § 535.

ein zum Wohnungsbau verwendeter BKZ eine soziale Funktion und dient dem Interesse der Allgemeinheit.

Im konkreten Fall ist nun durch die Verwendung des BKZ zum Aufbau dessen soziale Funktion erfüllt und das Interesse der Gemeinschaft an der Erstellung von Wohnraum befriedigt. Durch eine spätere Unwirksamkeit des BKZ gegenüber dem Erwerber des Grundstücks wird dieses Interesse der Gemeinschaft scheinbar nicht berührt. Jedoch werden dadurch zahlungswillige künftige Mieter von der Leistung eines BKZ abgehalten, so daß das Interesse der Gemeinschaft an der Erstellung von Wohnraum beeinträchtigt würde.

Die tatsächliche Entwicklung spricht nicht gegen diese Annahme. Daß sich die Zahlung eines BKZ nach dem zweiten Weltkrieg immer mehr durchgesetzt hat, beruht nicht darauf, daß der Mieter, um in den Besitz einer angemessenen Wohnung zu gelangen, durch die tatsächlichen Verhältnisse gezwungen war, sich in der Form des BKZ am Aufbau zu beteiligen, so daß er die Unsicherheit über das künftige Schicksal seines Beitrags hingenommen hätte, sondern auf der Tatsache, daß eine Ungewißheit in dieser Hinsicht nicht bestand. Denn das Reichsgericht hatte, wie schon oben dargelegt[1], in ständiger Rechtsprechung die Wirksamkeit von Mietvorauszahlungen, unabhängig davon, ob in Form eines BKZ geleistet oder nicht, dem Erwerber gegenüber betont, sofern die Vereinbarung der Vorauszahlung nur im ursprünglichen Mietvertrag erfolgt war.

Wir können deshalb festhalten, daß ein großes Interesse der Allgemeinheit an der Wirksamkeit des BKZ

---

1) Seite 9 f.

gegenüber dem Erwerber besteht und besonders z.Z. der ersten Entscheidungen des BGH zum BKZ bestand, um die Kapitalreserven der Mieter für den Wohnungsbau nutzbar zu machen[1].

Da die Bundesregierung nach dem zweiten Weltkrieg bestrebt war, alle wirtschaftlichen Kräfte der Neuerstellung von Wohnraum dienstbar zu machen[2], wurde die Beteiligung des Mieters am Wiederaufbau durch die Leistung eines BKZ vom Gesetzgeber nicht nur prinzipiell anerkannt[3], sondern auch durch steuerliche Begünstigung gefördert[4].

Bei der Unwirksamkeit des BKZ gegenüber dem Erwerber würde ein vom Gesetzgeber privilegiertes und gefördertes Institut[5] mit Sanktionen belegt und gleichzeitig mißbilligt. Dadurch wird die Rechtslage verwirrt. Die Klarheit der Rechtslage ist aber ein Element der "Ordnungsgewißheit"[6] des Rechts[7], eine Forderung der Rechtssicherheit[8]. Diese liegt nicht nur im Interesse des Einzelnen[9], sondern stellt eine sachlich objektive Anforderung an das Recht dar[10], an die "einer bestimmten

---

1) STAUDINGER-KIEFERSAUER Vorb.76 zu § 535.

2) STAUDINGER-KIEFERSAUER a.a.O.

3) Vgl. § 22 Abs.5 WBauG (alt).

4) Vgl. STAUDINGER-KIEFERSAUER a.a.O.

5) Institut im Sinne einer spontan aus der sozialen Wirklichkeit hervorgehenden typischen Sozialbeziehung, vgl. HENKEL S.264 ff.

6) HENKEL S.334.

7) HENKEL S.335; SCHOLZ S.27.

8) Zum Begriff der Rechtssicherheit vgl. HENKEL S.334; SCHOLZ S.3 f.; RADBRUCH S.169 Anm.1.

9) So wohl RÜMELIN S.7; SCHOLZ S.4.

10) HENKEL S.335.

Rechtsgemeinschaft als verbindlich gewußte Ordnung menschlichen Zusammenlebens unter der Anforderung der Gerechtigkeit"[1].
Dieses Interesse der Allgemeinheit an der Rechtssicherheit würde im Falle der Unwirksamkeit des BKZ gegenüber dem Erwerber ebenso erheblich beeinträchtigt.

Besteht hinsichtlich der Wirksamkeit des BKZ auch ein Interesse der Allgemeinheit an der Verhinderung sozialer Ungerechtigkeiten?
TWORECK[2] deutet dies an, wenn er ausführt, daß bei der Entscheidung des BGH die Vorstellung eine Rolle spiele, "daß der Aufbaumieter teilweise unter Opfern seinen BKZ zusammengekratzt habe, und nun doppelt zahlen solle".
Auch das OLG Hamburg[3] stellt sich auf den Standpunkt, daß die Rechtsprechung bei der Anerkennung des abwohnbaren BKZ als wirksame Vorausverfügung über den Mietzins sozialen Erwägungen gefolgt sei, die den Schutz des Mieters bezweckten.
Der BKZ wurde aber nicht gerade von den wirtschaftlich und sozial schwächsten Mietern geleistet, denn diese waren dazu nicht in der Lage, sondern von einer finanzkräftigeren Mittel- und Oberschicht.[4]
Sofern diese Mieter wirtschaftliche Einbußen erleiden würden, kann nicht von sozialer Ungerechtigkeit gesprochen werden[5].

---

1) LARENZ ML S.174.

2) TWORECK S.76 f.; so auch MERKERT NJW 1951, 698.

3) Vgl. MDR 1969, 207.

4) Vgl. STAUDINGER-KIEFERSAUER Vorb.76 zu § 535.

5) Vgl. oben Seite 82.

Wie dargelegt, besteht also ein erhebliches Interesse der Allgemeinheit an der Wirksamkeit des BKZ gegenüber dem Erwerber. Auch bei den §§ 573, 574 beruht die rechtliche Wertung auf einem Interesse der Allgemeinheit, das die Wirksamkeit der Verfügungen und Rechtsgeschäfte gegenüber dem Erwerber forderte[1].
Es ist deshalb möglich, daß das diesen Normen letztlich zugrundeliegende rechtsethische Prinzip im Hinblick auf den abwohnbaren BKZ eine weitere Einschränkung des Rechts des Erwerbers auf den Mietzins und damit des aus § 571 Abs.1 sich ergebenden Grundsatzes fordert, die über die in den §§ 573, 574 getroffene Regelung weit hinausgeht.

## 4. Das den §§ 573, 574 zugrundeliegende rechtsethische Prinzip

"Rechtsethische Prinzipien sind richtunggebende Maßstäbe rechtlicher Normgebung, deren innere Überzeugungskraft sie zu gestaltenden Faktoren der Rechtsentwicklung werden läßt."[2] "In ihrer rechtssatzmäßigen Ausgestaltung haben sie die Natur von Generalklauseln oder von ausfüllungsbedürftigen Rechtsbegriffen, die der weiteren Konkretisierung durch die Gesetzgebung oder die Rechtsprechung

---

1) Vgl. oben S. 74.

2) LARENZ ML 315; vgl. auch NJW 1965, 7; CANARIS S.95 bezeichnet sie als "materiale Prinzipien"; vgl. auch ESSER Grundsatz S.39 ff. zu Begriff und Natur der allgemeinen Rechtsprinzipien und S.87 ff. zu den Typen der Rechtsprinzipien im engeren Sinne.

bedürfen[1]. Nicht zu verwechseln ist das rechtsethische Prinzip mit einem "Grundsatz". Es ist darunter "eine für ein bestimmtes Rechtsgebiet grundlegende Norm" zu verstehen, "die zwar manchen Einschränkungen und Modifikationen im einzelnen unterworfen sein kann, aber dort, wo solche nicht bestehen, auch unmittelbar auf den einzelnen Fall anzuwenden ist"[2].
Unter einem 'Prinzip' ist dagegen ein konstitutiver Rechtsgedanke zu verstehen, "der einer Reihe von Einzelbestimmungen oder einem in sich geschlossenen Kreis von Rechtsregeln oder einem Rechtsinstitut als die sinngebende 'Mitte' zugrundeliegt"[3].

a) Die Zumutbarkeit, ein rechtsethisches Prinzip?

Es wurde oben[4] festgestellt, daß die Wertung des Gesetzes in den §§ 573, 574 I nicht nur darauf beruht, daß dem Individualinteresse des Erwerbers ein Interesse der Allgemeinheit gegenübersteht, sondern auch darauf, daß der Rechtsverlust für den Erwerber zumutbar ist.
Der Begriff der Zumutbarkeit wird verschieden verwendet.
Einmal wird darunter die sogenannte wirtschaftliche Zumutbarkeit verstanden, d.h. ein Rechtsverlust wird als zumutbar angesehen, wenn er keinen oder nur einen geringen wirtschaftlichen Schaden nach sich zieht. In diesem Sinne wird die Zumut-

---

1) LARENZ NJW 1965, 7.
2) LARENZ Wegweiser S.300; ebenso CANARIS S.94.
3) LARENZ a.a.O.
4) Seite 74 f.

barkeit als Maßstab besonders im öffentlichen Recht angewendet[1]. Andererseits soll ein Rechtsverlust dann zumutbar sein, selbst wenn ein wirtschaftlicher Schaden eintritt, sofern der Geschädigte diesen Schaden durch ihm zurechenbares Verhalten verursacht oder mitverursacht hat[2].
Aber auch wenn kein zurechenbares Verhalten des Geschädigten vorliegt, wird der Rechtsverlust als zumutbar angesehen, wenn dessen Interessen höherwertige Interessen gegenüberstehen[3].

Zusammenfassend könnte man also sagen, daß ein Rechtsverlust immer dann zumutbar ist, wenn der Betroffene nicht schutzbedürftig ist, sei es, weil er keinen oder nur einen geringen wirtschaftlichen Schaden erleidet, oder weil er durch sein Verhalten zu erkennen gibt, daß ihm seine Interessen gleichgültig sind, oder weil seine Interessen im Verhältnis zu den ihm entgegenstehenden Interessen sehr viel niederen Rang haben.

---

1) Vgl. HENKEL S.261, 266 und die dortigen Nachweise.

2) LARENZ SR I S.369; STAUDINGER-WEBER B 163 zu § 242; HUBMANN S.121.

3) Solche höheren Interessen sind nach LARENZ SR I S.108, SR II S.271 Leben oder Gesundheit (vgl. auch CANARIS JZ 1963, 655 f.; STAUDINGER-WEBER 242 B 128 Anm. X); nach ESSER SR I S.42 auch Gewissens- oder Glaubensnot, während WACHINGER JW 1932, 3042 ff., besonders die Interessen der Allgemeinheit darunter verstehen will; vgl. auch STAUDINGER-WEBER B 165 zu § 242; B 163 zu § 242 und die dort angeführten Entscheidungen des BGH; a.A. ESSER SR I S.41 f. spricht von Unzumutbarkeit der Leistung - also Zumutbarkeit des Rechtsverlusts für den Gegner bei "moralischer" oder "psychischer" oder "wirtschaftlicher" Unmöglichkeit des Verpflichteten.

Nach HENKEL[1] ist die Zumutbarkeit nicht normativer Begriff, sondern nur regulatives Prinzip[2], nur Maßstab[3]. Dieses Prinzip gebe als solches nicht selbst den Inhalt der Entscheidung, wohl aber den Weg an, die zweifelhaften Grenzen von Berechtigungen und Rechtspflichten zu bestimmen[4].

Die Zumutbarkeit ist demnach ein richtunggebender Maßstab rechtlicher Normgebung, trotzdem stellt sie kein rechtsethisches Prinzip dar, denn es fehlt die innere Überzeugungskraft, die die Zumutbarkeit zu einem gestaltenden Faktor der Rechtsentwicklung werden läßt[5]. Die Lehre von der Zumutbarkeit und der Nichtzumutbarkeit wurde aus dem Prinzip von Treu und Glauben entwickelt[6]. Sie stellt eine Konkretisierung dieses Prinzips dar[7], z.B. in den Fällen, in denen ein Rechtsverlust keinen oder nur einen geringen wirtschaftlichen Schaden verursacht, oder wenn höhere Interessen, wie Leben oder Gesundheit, die Verletzung materieller Güter fordern.

Die Zumutbarkeit dient in Wirklichkeit dazu, eine Wertung, die auf Grund eines rechtsethischen Prin-

---

1) HENKEL Festschrift S.308.

2) HENKEL a.a.O. S.304; ESSER Grundsatz S. 29 und S.65.

3) HENKEL a.a.O. S.298.

4) HENKEL a.a.O. S.267, 298, 303, 308.

5) Vgl. zum Begriff des rechtsethischen Prinzips LARENZ ML S.394 und oben Seite 87 f.

6) ESSER Grundsatz S.221 f.; STAUDINGER-WEBER B 3 zu § 242.

7) a.A. STAUDINGER-WEBER a.a.O., das Prinzip der Zumutbarkeit stehe gleichwertig neben dem von Treu und Glauben und sei kein Unterfall desselben.

zips getroffen wurde, zusätzlich zu rechtfertigen. Man kann sie deshalb zutreffend mit HENKEL als regulatives Prinzip[1] bezeichnen. Als "sinngebende Mitte" kann dieses Prinzip einer Norm aber nicht zugrundeliegen.

b) Das Sozialprinzip

Liegt dieses Prinzip den §§ 573, 574 Satz 1 als "sinngebende Mitte" zugrunde?

LARENZ[2] bezeichnet als Sozialprinzip ein Prinzip, auf Grund dessen die wirtschaftlich und sozial Unterlegenen der Gesellschaft vor Nachteilen geschützt werden müssen[3]. Unter dem Sozialprinzip ist deshalb mit ihm ein Schutzprinzip zugunsten der wirtschaftlich und sozial schwachen Bevölkerungskreise zu verstehen.
Dieses Sozialprinzip leitet sich aus dem Sozialstaatsprinzip ab, das in den Artikel 20 Absatz 1 und 28 Absatz 1 GG[4] niedergelegt ist und stellt

---

1) STAUDINGER-WEBER B 128 zu § 242 spricht ohne Einschränkung vom Zumutbarkeitsprinzip; vgl. auch WACHINGER JW 1932, 3042: "... Grundsatz, daß regelmäßig dem überwiegenden Interesse, der höheren Pflicht der Vorzug zu geben, und daß unter mehreren, in ihrer Gesamtheit nicht anwendbaren Übeln, das kleinere Übel zu wählen ist. Dieser Grundsatz der Güter- und Pflichtenabwägung bildet aber nur eine Richtlinie ("ein regulatives Prinzip") für die Rechtsbindung. Der Maßstab für die Güter- und Pflichtbewertung kann ihm nicht entnommen werden."

2) LARENZ AT S.93.

3) LARENZ AT S.93, S. 95 Anm.1.

4) LARENZ AT S.95, Anm.1; SOERGEL-SIEBERT-KNOPP 13 zu § 242.

dessen Auswirkung im Privatrecht dar[1]. Durch dieses Prinzip wird die Privatautonomie, insbesondere die Vertragsfreiheit, bestimmt und begrenzt[2].

Allerdings wird es noch nicht generell als Sozialprinzip bezeichnet, sondern man setzt dieses Schutzprinzip zugunsten der wirtschaftlich und gesellschaftlich Schwächeren noch gleich mit dem Sozialstaatsprinzip[3], dem Prinzip des sozialen Rechtsstaats[4] oder es wird als "Prinzip des Sozialen" bezeichnet[5].
Michaelis[6] versteht dagegen unter dem Sozialprinzip die Ausrichtung des Rechts nach den Bedingungen und Bedürfnissen des gesellschaftlichen Zusammenlebens. Er setzt es in Gegensatz zum Individualprinzip[7], d.h. der Ausrichtung der Rechte der Gesellschaft, der sozialen Rechte, an der absoluten Freiheit des Individuums.

Dieses so verstandene Sozialprinzip kann zwar unter Umständen auch ein Schutzprinzip zugunsten der wirtschaftlich und sozial Schwachen darstellen, nämlich dann, wenn die Bedürfnisse der Gesellschaft deren Schutz fordern. Es ist aber nicht zwingend als ein solches Schutzprinzip zu verstehen, da es umfassender ist und sich auch zum Nachteil der

---

1) LARENZ a.a.O.

2) BVerfGE 8, 274, 329; KRAUSE BB 1955, 265; BGHZ 22, 90; BAG JZ 1955, 55 ff.; RAISER JZ 1958, 1 ff.

3) BVerfGE a.a.O.; BAG JZ 1955, 55 ff.; RAISER JZ 1958, 1 ff.; KRAUSE BB 1955, 265.

4) Vgl. KRAUSE a.a.O.

5) SOERGEL-SIEBERT § 242 A 31.

6) MICHAELIS Das Mietgericht 1931, 120.

7) MICHAELIS a.a.O.

wirtschaftlich und sozial Schwachen auswirken kann.
Im folgenden wird mit LARENZ[1] unter dem Sozialprinzip das Prinzip verstanden, das den Schutz der wirtschaftlich und sozial Unterlegenen der Gesellschaft fordert.

Liegt dieses Sozialprinzip den §§ 573, 574 Satz 1 als 'sinngebende Mitte' zugrunde?
In bezug auf § 573 ist dies leicht zu verneinen, denn weder Erwerber, noch Verkäufer des Grundstücks, noch der Dritte, zu dessen Gunsten über die künftige Mietforderung verfügt wurde, gehören generell den wirtschaftlich und sozial schwachen Bevölkerungskreisen an.
Nicht so klar ist dies jedoch im Hinblick auf § 574. Die Wertung des Gesetzgebers beruht, wie oben[2] dargelegt wurde, auf dem Interesse der Allgemeinheit an der Verhinderung sozialer Ungerechtigkeit, die durch die Verkehrssitte, nach der die Vorleistungspflicht auf den Mieter verlagert wurde, herbeigeführt würde. Die Allgemeinheit hat ein Interesse daran, daß die nachteiligen Folgen dieser Verkehrssitte nicht den generell wirtschaftlich und sozial schwachen Mieter treffen. Etwa 90 % der Bevölkerung leben heute in Mietverhältnissen[3].
Zwar gehören nicht alle Mieter zu den wirtschaftlich schwachen Bevölkerungskreisen, generell ist aber eine wirtschaftliche und soziale Abhängigkeit gegeben[4], da die Grundstückseigentümer zwar nicht

---

1) Vgl. oben S.91 .

2) Vgl. oben S. 70 f.

3) FIKENTSCHER S.389; vgl. auch RAISER JZ 1958,S.3.

4) MICHAELIS Das Mietgericht S.123; FIKENTSCHER a.a.O.

das Monopol, aber eine monopolähnliche Stellung in bezug auf Mietwohnungen haben[1] und die Mietsuchenden auf vorhandenen Wohnraum angewiesen sind[2].

Auf den ersten Blick scheint deshalb das Sozialprinzip dem § 574 Satz 1 ebenso zugrundezuliegen wie bestimmten Vorschriften des Wohnmietrechts, in denen dem Mieter nachteilige Vereinbarungen für unwirksam erklärt werden[3]. Durch diese Vorschriften wird die Privatautonomie des Vermieters, der seine soziale Macht[4] ausübt, um dem Vertragspartner nachteilige Vertragsbedingungen aufzunötigen, durch das Sozialprinzip begrenzt[5].

Das Sozialprinzip richtet sich also gegen den, der seine Privatautonomie zum Nachteil des wirtschaftlich und sozial Schwachen mißbraucht, in den oben genannten Vorschriften also gegen den Vermieter.

Es ist ein die Privatautonomie begrenzendes und ergänzendes Gestaltungsprinzip[6]. Durch die Regelung des § 574 Satz 1 wird jedoch nicht die Privatautonomie des Erwerbers beschränkt, sondern sein Recht auf den Mietzins. Auch eine Begrenzung der Privatautonomie des Vermieters liegt nicht vor,

---

1) MICHAELIS a.a.O.; FIKENTSCHER a.a.O. und oben Seite 83 Anm.7.

2) FIKENTSCHER a.a.O.

3) Vgl. die bei LARENZ AT S.93 aufgeführten Vorschriften: §§ 537 Abs.3, 540, 543 Satz 2, 547 a Abs.3, 549 Abs.2 Satz 3, 554 Abs.2 Nr.3, 554 a Satz 2, 556 a Abs.7, 556 b, 556 Abs.2, 556 a Abs.3 u.f.

4) KRAUSE BB 1955 S.266.

5) LARENZ AT S.95 Anm.1.

6) LARENZ AT S.94.

da der Vermieter durch die Regelung des § 574 Satz 1 überhaupt nicht betroffen wird.
Das Sozialprinzip liegt deshalb weder dem § 573 noch dem § 574 Satz 1 zugrunde.

c) Das Prinzip der sozialen Bindung des Eigentums

Durch die in § 574 Satz 1 getroffenen Regelungen wird nicht die Privatautonomie des Erwerbers beschränkt, sondern ebenso wie durch § 573 das Recht des Erwerbers auf den Mietzins[1]. Er muß den Gebrauch der Mietsache gewähren, ohne ein entsprechendes Entgelt zu erhalten.
Diese Beeinträchtigung seines Rechts auf Mietzins ist eine Beschränkung seines Rechts auf Fruchtziehung[2], auf Nutzung seines Eigentums. Die Nutzung des Eigentums gehört zum Inhalt des Eigentumsrechts[3], deshalb liegt in der Beschränkung des Nutzungsrechts eine Beschränkung des Eigentumsrechts.
Eigentum ist nach dem positiven Recht das subjektive Recht des Eigentümers auf eine umfassende Sachherrschaft[4]. Dieses Recht ist jedoch nicht schrankenlos[5], sondern enthält wie jedes von der

---

1) Vgl. oben S.60.

2) Vgl. § 100 BGB; LARENZ AT S.303, der Mietzins ist mittelbare Sachfrucht.

3) LARENZ AT S.62; WOLFF-RAISER S.175; WESTERMANN S. 115.

4) LARENZ AT S.62; u.h.M. vgl. WESTERMANN S.118 und dortige Nachweise.

5) LARENZ a.a.O.; WESTERMANN S.116.

Rechtsordnung einem ihrer Glieder zugeordneten Rechte als immanenten Bestandteil die Pflicht, die Gemeinschaftsbelange zu berücksichtigen[1]. Dem Eigentum ist eine Begrenzung der in ihm enthaltenen Befugnisse nach Maßgabe sozialer Erfordernisse immanent[2]. Diese immanente Begrenzung wird als Sozialbindung[3] oder Sozialpflichtigkeit[4] des Eigentums bezeichnet.

Die Entwicklung dieser Erkenntnis ist eng verknüpft mit den Wandlungen des Eigentumsbegriffs.

Während nach WINDSCHEID[5] vom römischen Recht ausgehend, das dem Eigentümer eine volle und absolute Machtstellung einräumte[6], von einem umfassenden Eigentumsbegriff ausging und das Eigentum als ein an sich schrankenloses Recht verstand[7], bekannten sich schon v.IHERING und Otto v.GIERKE zu einem neuen sozialen Eigentumsbegriff[8], der mit der Idee der Gesellschaft nicht in Widerspruch stehe[9] und die "Relativität und Beschränktheit der privaten Sachherrschaft von vornherein in sich schließe[10]. Zwar sind auch im römischen Recht gewisse

---

1) h.M. vgl. WESTERMANN a.a.O.; ENNECCERUS-NIPPERDEY S.1442 und dortige Nachweise; vgl. auch BOEHMER Grundlagen S.15.

2) LARENZ a.a.O.; WOLFF-RAISER S.180.

3) So STAUDINGER-KIEFERSAUER Vorb.3 zu § 535; ERMAN-WESTERMANN Vorb. 5 b aa zu § 903; SOERGEL-SIEBERT-BAUR Vorb.4 zu § 903; BAUR S.107; PAGENKOPF NJW 1952, 1193; HAMANN NJW 1952 S.402; HUBER S.14.

4) MANGOLD-KLEIN S.433; DÜRIG JZ 1954 S.4; WESTERMANN S.118; BOEHMER Einführung S.345.

5) Und die damals h.L. vgl. RUDOLPH S.3.

6) WERSCHE S.330.
7) WINDSCHEID S.519.
8) Vgl. RUDOLPH S.4.
9) v.IHERING S. 510 f.
10) v.GIERKE S.348.

Einschränkungen erkennbar[1], so z.B. bei Mißbrauch und im Nachbarrecht[2]. Auch WINDSCHEID und die übrigen Vertreter des absoluten Eigentumsbegriffs erkannten an, daß das Eigentum Beschränkungen vertrage[3] und daß "Willkür und Herrschaft am staatlichen Willen ihre Grenzen finden mußten und daß das Gesetz oder die Rechte Dritter dem Belieben des Eigentümers entgegenstehen konnten"[4]. Diese Einschränkungen wurden jedoch als Bruch mit der Konsequenz des Eigentumsbegriffs und als Fremdkörper empfunden[5].
v.GIERKE[6] jedoch war der Auffassung, daß jedes Recht eine ihm immanente Schranke habe, und daß das romanistische System an sich schrankenloser Befugnisse, welche nur von außen her durch entgegenstehende Befugnisse eingeschränkt werden, dem sozialen Rechtsbegriff widersprechen würde. Auch das Privateigentum sei schon seinem Begriff nach kein absolutes Recht.
Alle ihm im öffentlichen Interesse gesetzten Schranken mit Einschluß der Enteignung seien in seinem Begriff angelegt und entstammten seinem innersten Wesen[7]. In der Rechtsprechung vollzog sich langsam eine Abkehr vom absoluten Eigentumsbegriff[8]. 1881 sprach das preußische Oberverwal-

---

1) WERSCHE S.330; STAUDINGER-SEUFERT Vorb.8 zu § 903.

2) STAUDINGER-SEUFERT a.a.O.

3) WINDSCHEID S.519; RUDOLPH S.3.

4) RUDOLPH a.a.O.

5) RUDOLPH a.a.O.

6) v.GIERKE Soz.Aufgabe S.14 ff.

7) v.GIERKE Soz.Aufgabe S.16.

8) RUDOLPH S.5.

tungsgericht[1] aus, daß Eigentum nicht nur berechtige, sondern auch verpflichte, und daß dem Eigentümer naturgemäß Grenzen gezogen seien, "weil der Mensch nicht nur für sich allein, sondern neben anderen Menschen und innerhalb einer größeren Gemeinschaft" lebe. Die Rechtsordnung erkenne nur innerhalb dieser Grenzen das Eigentum als Recht an.

Auch in Urteilen aus den ersten Jahrzehnten des Reichsgerichts kommt zum Ausdruck, daß das Eigentum nicht nur ein umfassendes Einzelrecht, sondern "darüber hinaus ein vom Staate verliehenes und daher diesem gegenüber im Interesse der Mitbürger auch verpflichtendes Recht ist"[2].

Während dem BGB noch der römisch-rechtliche[3], liberal-individualistische Eigentumsbegriff im Sinne eines begrifflich schrankenlosen Verfügungsrechts des Eigentümers zugrundeliegt[4], stellt sich das Reichsgericht in der Entscheidung Band 52, Seite 377 "bewußt nicht mehr auf den Boden des römischen Rechts"[5], obwohl es in diesem Urteil den sozialen Inhalt des Eigentums nur angedeutet hatte. Trotzdem ergingen noch Urteile, die auf dem römisch-rechtlichen Begriff beruhten[6]. Erst in der Kriegs- und Nachkriegszeit entwickelte sich eine ständige

---

1) Urteil vom 5.12.1881, OVG 8, 327 ff.

2) WERSCHE S.331 und die dort aufgeführten und besprochenen Urteile RGZ 7, 267 (Funkenflug bei Eisenbahn) und RGZ 19, 335 (Schießpulverfabrik).

3) Vgl. WERSCHE S.332; STAUDINGER-SEUFERT Vorb.17 zu § 903; BOEHMER Einführung S.215.

4) Vgl. STAUDINGER-SEUFERT a.a.O.

5) WERSCHE S.333.

6) WERSCHE a.a.O.

Rechtsprechung des RG, die dem sozialen Inhalt des Eigentums Rechnung trug[1]. In einem Urteil des Jahres 1917[2] stellte es grundsätzlich fest, daß Eigentum nicht nur berechtige, sondern auch verpflichte. Diese Rechtsprechung beruhte nicht auf dem Gesetz oder der Judikatur, sondern wurzelte im Bewußtsein der Bevölkerung[3].

In Artikel 153 Absatz 3 WV wurde dann zum ersten Mal in einer Verfassungsurkunde[4] von den Verpflichtungen gesprochen, die dem Eigentum innewohnen. Dieser Artikel lautete: "Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich Dienst sein für das allgemeine Beste".
Obwohl die h.M. diese Vorschrift als unverbindlichen Programmsatz auffaßte[5], wurde damit die Sozialbindung des Eigentums grundsätzlich zum Ausdruck gebracht[6],[7].
Artikel 153 Absatz 3 WV wurde in das Grundgesetz mit unwesentlichen Änderungen im Wortlaut übernommen. Artikel 14 Absatz 2 GG lautet:

---

1) WERSCHE S.333.

2) RGZ 89, 121 f.

3) WERSCHE S.333 f.

4) WERSCHE S.329.

5) Vgl. MANGOLD-KLEIN S.414 und dortige Nachweise.

6) Vgl. EISERMANN S.116; a.A. WEBER NJW 1950,S.402, der meint, daß die Eigentumsbindung in Art.153 Abs.1 WV und Art.14 Abs.1 GG, wonach Inhalt und Schranken des Eigentums sich aus den Gesetzen ergeben, niedergelegt ist.

7) Unter Eigentum ist mit der ganz h.M. jedes subjektive private Vermögensrecht zu verstehen; vgl. MANGOLD-KLEIN S.424; BGHZ 6, 278, also auch Forderungsrechte jeder Art;
a.A. KÜBLER S.263, wonach sich Art.14 Abs.2 GG nicht auf Forderungen beziehe.

"Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen".

Aus der Vorgeschichte dieses Verfassungssatzes können wir entnehmen, daß die Sozialbindung des Eigentums weder dem Gesetz noch der Rechtsprechung entstammt, sondern beiden vorausliegt. Sie wurde von der Rechtswissenschaft[1] und der Rechtsprechung[2] erkannt und dann gesetzlich fixiert. Die Sozialbindung des Eigentums ist deshalb ein rechtsethisches, der Rechtsordnung immanentes Prinzip[3], das im Laufe der Zeit immer mehr im Rechtsbewußtsein hervortrat, bis es endlich zu einem Verfassungsprinzip erhoben wurde[4].

Das Prinzip der sozialen Bindung des Eigentums ist die Abspiegelung des Sozialstaatsprinzips auf dem Gebiete des Eigentumsrechts[5]. Jede Beschränkung des Eigentumsrechts[6], die dem Eigentümer im Interesse der sozialen Gemeinschaft auferlegt ist, beruht auf diesem Prinzip, stellt dessen Konkreti-

---

1) v.IHERING S.510 f.; v.GIERKE S.348; v.GIERKE Soz.Aufgabe S.14.

2) Vgl. oben S. 97 ff.

3) HUBER S.14; v.GIERKE Soz.Aufgabe S.14; WERSCHE S.329.

4) Vgl. dazu LARENZ ML S.394: "Sie (die Prinzipien) sind Ausdrucksformen, Bewegungsrichtungen, Tendenzen des objektiven Geistes, die sich im allgemeinen Rechtsbewußtsein geltend machen und im Gesetz wie in der Rechtsprechung ihren Niederschlag finden." Vgl. außerdem LARENZ Wegweiser S.304 f.

5) Vgl. MANGOLD-KLEIN S.433; KNOLL S.489.

6) Strittig ist, ob die Sozialbindung auch eine Pflicht zu positivem Handeln beinhaltet; dagegen STAUDINGER-SEUFERT 31 zu § 903.

sierung dar[1].

Die durch die §§ 573, 574 Satz 1 erfolgte Beschränkung des Nutzungsrechts des Erwerbers stellt eine Beschränkung des Eigentumsrechts dar, die im Interesse der sozialen Gemeinschaft erfolgt ist - nämlich einmal im Interesse der Allgemeinheit an der Sicherheit und Leichtigkeit des Rechtsverkehrs (§ 573) und im Interesse der Allgemeinheit an der Verhütung sozialer Ungerechtigkeit und Mißstände (§ 574 Satz 1).
Die §§ 573, 574 Satz 1 stellen deshalb eine Konkretisierung des Prinzips der sozialen Bindung des Eigentums dar. Dieses Prinzip liegt ihnen als sinngebende Mitte zugrunde.

## 5. Teleologische Reduktion des § 571 Abs.1

Dieses Prinzip der sozialen Bindung des Eigentums fordert aber im Hinblick auf den abwohnbaren BKZ eine weit über die in den §§ 573, 574 vorgenommene Einschränkung des Rechts des Erwerbers auf den Mietzins.

---

1) Vgl. WARFSMANN S.9; auch PAGENKOPF NJW 1952, 1193; ein anderes Beispiel einer Konkretisierung der Sozialbindung des Eigentums stellen die §§ 932 ff. dar; so auch BAUR 442, ablehnend aber noch BAUR JZ 1957, 764.
Nach neueren Erkenntnissen (erstmals HECK SaR S.246) ist auch für den gutgläubigen Erwerb die Sicherheit und Leichtigkeit des Rechtsverkehrs (vgl. BAUR JZ 1957, 764; ZWEIGERT S.14; WOLFF-RAISER S.249; BAUR S.442) der rechtfertigende Grund für den Rechtsverlust des Eigentümers; auch LÜBTOW S.204 ff. begründet den Eigentumsverlust zum Teil mit den Bedürfnissen der Verkehrssicherheit.

Der aus § 571 Abs.1 sich ergebende Grundsatz, daß nur der Erwerber berechtigt ist, über die während seiner Mietzeit entstehenden Mietforderungen zu verfügen, beruht nämlich auf dem römisch-rechtlichen, liberal-individualistischen Eigentumsbegriff, der dem BGB zugrundeliegt[1]. Zur Zeit der Entstehung des BGB wurde eine Beschränkung des Eigentums noch als Fremdkörper im deutschen Rechtssystem empfunden[2]. Das Prinzip der sozialen Bindung des Eigentums wurde deshalb damals als ein gegenüber dem Eigentum engeres Prinzip betrachtet.

Nach heutigen Erkenntnissen ist es dagegen dem Eigentum immanent[3]. Es ist ein das Eigentum begrenzendes und ergänzendes Prinzip, so wie das Sozialprinzip ein die Privatautonomie begrenzendes und ergänzendes Prinzip darstellt[4].

Aus dem dem Eigentum gegenüber engeren Prinzip wurde ein das Eigentum begrenzendes und ergänzendes Prinzip, da es an dem "Wandel der Wertordnung"[5] teilgenommen hatte.
Auf Grund dieser Verschiebung des "Gewichts"[6] des Prinzips der sozialen Bindung des Eigentums im Laufe der Zeit ist das aus § 571 Abs.1 sich ergebende unbeschränkte Recht des Erwerbers auf den Mietzins neu zu betrachten.

---

1) WERSCHE S.332; STAUDINGER-SEUFERT Vorb. 17 zu § 903.

2) RUDOLPH S.3.

3) LARENZ AT S.62; WOLFF-RAISER S.180; WESTERMANN S.118 ff.; WARFSMANN S.9; HUBER S.14; FORSTHOFF S.317.

4) So für das Sozialprinzip LARENZ AT S.94.

5) ESSER Grundsatz S.327.

6) LARENZ ML S.353.

Das Prinzip der Sozialbindung des Eigentums besagt, daß gewichtige Gründe des gemeinen Wohls den Schutz des Eigentums hinter den Interessen der Allgemeinheit zurücktreten lassen müssen[1]. Es gestattet tragbare, nicht aber unzumutbare Belastungen[2].

Wie oben[3] dargelegt wurde, fordern gewichtige Gründe des gemeinen Wohls, nämlich das Bedürfnis der Allgemeinheit an Erstellung von Wohnraum und das Bedürfnis an Rechtssicherheit, die Wirksamkeit der Verrechnungsabreden gegenüber dem Erwerber.

Die dadurch bewirkte Beschränkung des Rechts des Erwerbers auf Mietzins ist diesem auch zumutbar. Da der BKZ für den Aufbau verwendet wurde, stammt der durch den Mietzins abzugeltende Mietgebrauch wirtschaftlich betrachtet aus dem Vermögen des Mieters[4]. Ohne dessen Finanzierungsbeitrag hätte der Erwerber das Mietobjekt höchstwahrscheinlich niemals erwerben können, da Baukostenzuschüsse der Mieter nicht selten die Voraussetzung für den Aufbau eines Hauses darstellten[5]. Durch die Verwertung der künftigen Früchte wurden erst die Voraussetzungen für ihre Entstehung geschaffen[6].

Durch die Wirksamkeit der Verrechnungsabreden wird das Recht des Erwerbers auf den Mietzins auch nicht vollkommen für einen bestimmten Zeitraum beseitigt, sondern nur teilweise. Denn die Verrechnungsabreden beziehen sich nicht auf den

---

1) Vgl. BVerfGE 14, 263 (277 ff.)

2) MANGOLD-KLEIN I S.434.

3) Vgl. oben S. 82 ff.

4) So auch BGHZ 6, 207.

5) Vgl. oben S. 83 Anm. 5.

6) SCHUSTER MDR 1960, 184; TWORECK S.74.

ganzen vereinbarten Mietzins, sondern es wird höchstens 1/3 des laufendenden Mietzinses jeweils mit dem BKZ verrechnet, so daß der vom Mieter tatsächlich zu entrichtende Mietzins auf jeden Fall ausreicht, um die laufenden auf dem Mietobjekt ruhenden Unkosten zu tilgen. Infolge der Wirksamkeit der Verrechnungsabreden verliert der Erwerber zwar das Recht, den betreffenden Mietzins unmittelbar von dem Mieter zu verlangen - er erleidet aber keinen wirtschaftlichen Schaden, da entweder der Kaufpreis entsprechend niedriger angesetzt war, oder der Vermieter verpflichtet ist, gem. § 446, 101 Nr.2, 816 die erlangten Beträge an ihn herauszugeben[1].

Das Prinzip der Sozialbindung ist, wie dargelegt, der Rechtsordnung immanent[2], ihm gebührt nach der Gesamtwertung im Hinblick auf den abwohnbaren BKZ der Vorrang vor dem Schutz des Eigentums. Es fordert und rechtfertigt deshalb die Einschränkung des Rechts des Erwerbers auf den Mietzins, d.h. es rechtfertigt eine teleologische Reduktion des § 571 Abs.1[3]. Die in § 571 Abs.1 enthaltene, zu weit gefaßte Regel muß auf den ihr nach dem Zweck und Sinnzusammenhang des Gesetzes zukommenden Anwendungsbereich zurückgeführt werden[4].

Der abwohnbare Baukostenzuschuß kann nicht so behandelt werden wie die einfache Mietvorauszahlung, sondern gemäß dem "Gebot,'Ungleiches ungleich' zu behandeln"[5], sind die wertungsmäßig gebotenen

---

1) Vgl. KRESS S.89.
2) Vgl. oben S.102 und dortige Anm. 3.
3) LARENZ ML S.369.
4) LARENZ a.a.O.
5) LARENZ a.a.O.

Differenzierungen vorzunehmen.

Der Baukostenzuschuß unterscheidet sich von der Mietvorauszahlung einmal in der sozialen als auch in der wirtschaftlichen Bedeutung. Bei einem BKZ stellt der Mietzins nämlich für den Vermieter nicht lediglich eine Kapitalnutzung dar[1], sondern er dient der Erstellung des Werks, um die künftige Nutzung des Grundstücks zu ermöglichen. Durch die Verwertung der künftigen Früchte werden erst die Voraussetzungen für ihre Entstehung geschaffen[2]. In dieser besonders intensiven Nutzung sieht der BGH auch eine Voraussetzung für die Wirksamkeit des BKZ gegenüber dem Erwerber[3].

Dies veranlaßte HUMANN[4] zu der Feststellung, daß die Rechtsprechung des BGH zum BKZ[5] auf dem Grundsatz beruhe: "Wer einen Wert schafft oder verwirklicht, hat auf ihn ein Anrecht"[6]. Er entnimmt diesen Grundsatz[7] aus dem § 950 BGB, den Bestimmungen über das Urheberrecht, den gewerblichen Schutzrechten und dem Wettbewerbsrecht[8]. Ohne darauf eingehen zu wollen, ob ein solcher Grund-

---

1) LARENZ SR II S.138; MOLITOR S.53.

2) SCHUSTER MDR 1960 S.184; TWORECK S.74.

3) Vgl. BGHZ 6, 202; 15, 296.

4) HUBMANN AcP 1956 S.101.

5) HUBMANN bezieht sich ausschließlich auf die Entscheidung in BGHZ 15, 296.

6) HUBMANN a.a.O.

7) HUBMANN bezeichnet ihn als Prinzip. Nach unserer Auffassung würde dies aber kein Prinzip, sondern höchstens einen Grundsatz darstellen; vgl. oben S. 88 und LARENZ Wegweiser S.300; CANARIS S.94.

8) HUBMANN a.a.O.

satz zu Recht angenommen werden kann[1], können wir doch sagen, daß der BGH einen solchen Grundsatz nicht anwendet. Dies ergibt sich insbesondere aus der Entscheidung des 8. Zivilsenats des BGH, Urteil vom 30.11.1966[2]. Es wird hier ausgeführt, daß eine Vereinbarung zwischen Vermieter und Mieter, durch eine bereits früher zum Aufbau des Mietgrundstücks bewirkte und verwendete, jedoch nicht abgegoltene Leistung des Mieters solle die Miete im voraus entrichtet sein, einem Grundstückserwerber gegenüber dann unwirksam sei, wenn die Leistung nicht in der Eigenschaft als Mieter oder künftiger Mieter, sondern auf Grund eines anderen Rechtsverhältnisses erbracht wurde und der Aufbau im Zeitpunkt der Vereinbarung schon vollendet sei. Die Leistung des Mieters könne nämlich zu diesem Zeitpunkt dem Bau nicht mehr zugute kommen.

Aus dieser Begründung ist zu ersehen, daß der rechtfertigende Grund für die Wirksamkeit nicht die Tatsache ist, daß durch die Leistung ein sachlicher Wert geschaffen wurde - notwendig ist vielmehr die Mietereigenschaft des Leistenden zum Zeitpunkt der Hingabe des Geldes mit der Zweckbestimmung der Verwendung zum Aufbau und dessen tatsächlicher Verwendung.
Auf eine Wertverwirklichung als solche kommt es deshalb nach Auffassung des BGH - entgegen der Ansicht von HUBMANN - nicht an. Der BGH nimmt vielmehr mit Hilfe der Methode der teleologischen Reduktion die durch das Prinzip der Sozialbindung geforderte Beschränkung des Rechts des Erwerbers auf

---

1) Kritisch hierzu und ablehnend TWORECK S.59 ff.
2) BGH MDR 1967, 297 = NJW 1967, 555.

den Mietzins vor.
Ausschließlich soziale Erwägungen im vorgetragenen Sinne waren für den BGH entscheidungserheblich[1]. Die Entscheidungen des BGH beruhen aber nicht etwa darauf, daß eine besondere Schutzbedürftigkeit des Mieters gegeben war, die die Wirksamkeit der Verrechnungsabreden gefordert haben würde[2].

Daß nicht etwa eine vermeintliche Schutzbedürftigkeit des Mieters für den BGH entscheidungserheblich war, ergibt sich schon daraus, daß einfache Mietvorauszahlungen nach der ständigen Rechtsprechung des BGH dem Erwerber gegenüber unwirksam sind[3], obwohl sich der Mieter hier tatsächlich in der gleichen Lage befindet wie derjenige, der einen BKZ geleistet hat - aber auch daraus, daß selbst bei einem BKZ die Abreden gegenüber dem Erwerber unwirksam sind, wenn der Zuschuß nicht tatsächlich, wenigstens mittelbar dem Grundstück zugeflossen ist[4].
Es ist für den BGH vielmehr die soziale Bedeutung des BKZ ausschlaggebend gewesen. Dies folgt eindeutig daraus, daß der BGH ausdrücklich die Wirksamkeit eines Darlehens, das zum Aufbau verwendet wurde, und später, als ein Mietvertrag mit dem Darlehensgeber geschlossen wurde, als BKZ bezeichnet und mit der Miete verrechnet werden sollte, gegenüber dem Erwerber vereint hatte[5]. Ein soziales Interesse an der Wirksamkeit war in diesem

---

1) Vgl. BGH MDR 1953, 473.

2) TWORECK S.76; MERKERT NJW 1951, 698; MDR 1959, 207.

3) Vgl. BGHZ 37, 346 f.

4) Vgl. BGH NJW 1959, 380, hier wird die Schutzwürdigkeit des Mieters ausdrücklich verneint.

5) BGH MDR 1967, 297.

Fall nicht gegeben, da z.Z. der Vereinbarung keinerlei Kapitalreserven des Mieters mehr für den Aufbau nutzbar gemacht werden konnten[1].

Auf die Tatsache der Wertverwirklichung als solche kam es dem BGH deshalb nicht an, obwohl Voraussetzung für die Wirksamkeit der Verrechnungsabreden gegenüber dem Erwerber ist, daß durch den BKZ ein sachlicher Wert geschaffen wurde. Er muß dem Grundstück wenigstens mittelbar zugute gekommen sein[2], damit tatsächlich die beabsichtigte soziale Funktion erfüllt wurde.

Der BGH berücksichtigte aber auch, so wie es das Prinzip der sozialen Bindung fordert, daß die Wirksamkeit der Abreden gegenüber dem Erwerber für diesen zumutbar war.

Der BGH führt in der Entscheidung im 15. Band auf Seite 302 zur Rechtfertigung der Wirksamkeit aus: "Käufer und Bieter ... können sich vorher erkundigen, bevor sie sich vertraglich festlegen, wozu sie unter den heutigen Verhältnissen auch allen Anlaß haben, wenn es sich um ein neugebautes Gebäude mit Mietwohnungen handelt. Die Interessenten hätten mit dem Vorhandensein von Verrechnungsabkommen rechnen und vor ihren Entschließungen Ermittlungen in dieser Hinsicht anstellen müssen."

Im Leitsatz dieser Entscheidung[3] betont der BGH, daß maßgebend für die Wirksamkeit sei, daß durch die Zuschußleistung des Mieters ein sachlicher Wert geschaffen wurde, der eine mindestens später sich

---

1) Vgl. oben S. 106.

2) Vgl. BGH NJW 1959, 380; BGHZ 37, 346.

3) BGHZ 15, 296.

auswirkende Besserstellung des späteren Eigentümers und der Gläubiger herbeiführe[1].

Der BGH steht also auf dem Standpunkt, daß der Erwerber keinen wirtschaftlichen Schaden erleide, daß die Wertsteigerung des Hauses durch die Verwendung des BKZ zum Aufbau ihm zugute komme und daß der zeitweilige Ausfall von Mietzinsen durch einen entsprechend niedrigeren Kaufpreis ausgeglichen sei. Das letztere ergibt sich aus den oben[2] zitierten Ausführungen in BGHZ 15, 302. Hier geht der BGH offensichtlich davon aus, daß der Kaufpreis unabhängig von den geleisteten Baukostenzuschüssen festgesetzt war, da dem Käufer diese Leistungen nicht bekannt waren.
Den wirtschaftlichen Schaden, den der Erwerber deshalb durch den zeitweiligen Ausfall der Mietzinsen erleide, habe er sich selbst zuzurechnen, da er unter den heutigen Verhältnissen damit rechnen müsse, daß solche Verrechnungsabreden mit den Mietern getroffen würden[3]. Er hätte deshalb entsprechende Ermittlungen anstellen müssen, bevor er sich vertraglich festgelegt hätte.

Die Entscheidung des BGH beruht also auch darauf, daß der Rechtsverlust, den der Erwerber infolge der Wirksamkeit des BKZ erleidet, für ihn zumutbar ist, da er entweder keinen wirtschaftlichen Schaden dadurch erleidet oder weil er sich einen eventuell auftretenden Schaden selbst zuzurechnen hat, da er ihn durch seine eigene Nachlässigkeit mitverursachte.

---

1) So auch BGHZ 6, 205; NJW 1959, 380; BGHZ 37,346.

2) siehe S. 108.

3) So auch OLG München MDR 1952, 106; SCHUSTER MDR 1960, 181.

Der BGH schränkte also auf Grund des Prinzips der sozialen Bindung, den Anwendungsbereich des § 571 Abs.1 im Hinblick auf das Recht des Erwerbers auf den Mietzins ein.
Die Rechtsfortbildung geschah, ohne daß der BGH sich dessen bewußt war, im Wege der teleologischen Reduktion des § 571 Abs.1.

## 6. Befugnis des BGH zu dieser Rechtsfortbildung

War aber diese Rechtsfortbildung des BGH überhaupt gerechtfertigt?
Wie schon dargelegt, besteht eine Befugnis der Gerichte zur Rechtsfortbildung dann, wenn das Gesetz in bezug auf den Fall des einen BKZ leistenden Mieters lückenhaft oder zumindest so berichtigungsbedürftig war, daß bei seiner unmittelbaren Anwendung ein Rechtsnotstand entstanden wäre[1].
Es fragt sich deshalb, ob hier eine Lücke des Gesetzes vorlag, oder ob das Gesetz lediglich berichtigungsbedürftig, also ein rechtspolitischer Fehler[2] gegeben war.
Vom Standpunkt des Gesetzgebers von 1900 war das Gesetz, gemessen an seiner eigenen Absicht und Teleologie, vollständig und lückenlos[3].

Entstand dadurch, daß sich das "Gewicht" der den §§ 571 und 573, 574 Satz 1 zugrundeliegenden Prinzipien verschoben hat, schon eine Lücke oder le-

---

1) Vgl. oben S. 18 f.
2) Vgl. LARENZ ML S.353 ff.
3) Vgl. oben S. 77 f.

diglich ein rechtspolitischer Fehler? Letzteres ist der Fall, wenn nicht aus der eigenen Absicht und Teleologie des Gesetzes eine Ergänzung gefordert wird, sondern wenn diese Ergänzung lediglich rechtspolitisch erwünscht ist[1].

Das Prinzip der sozialen Bindung des Eigentums wurde aus dem Gesetz erschlossen, denn es liegt den §§ 573, 574 Satz 1 zugrunde[2]. Die Rechtsfortbildung liegt deshalb noch im Rahmen der immanenten Teleologie des Gesetzes[3]. Durch die Rechtsprechung des BGH zum BKZ wurde das gesetzte Recht deshalb nicht umgebildet, sondern fortgebildet[4].

Die Nichtregelung der Frage der Wirksamkeit des zum Aufbau verwendeten BKZ im Gesetz stellt deshalb eine Lücke des Gesetzes und nicht nur einen rechtspolitischen Fehler dar.

Diese Lücke beruht auf einer Änderung der der Rechtsordnung immanenten Wertungsgrundlagen[5] und auf dem Wandel der Normsituation, denn der Gesetzgeber sah die soziale Bedeutung, die der BKZ erhalten würde, nicht voraus. Sie ist eine nachträgliche verdeckte Regelungslücke[6]. Der BGH war somit eindeutig zur Rechtsfortbildung befugt.

---

1) LARENZ ML S. 353 ff.
2) Vgl. oben S. 101.
3) LARENZ ML S. 395.
4) Vgl. LARENZ a.a.O.
5) LARENZ ML S.358.
6) LARENZ a.a.O.

## C) BEWIRKT DIE RECHTSPRECHUNG DES BGH ZUM BKZ EINE VERDINGLICHUNG INNERHALB DER RECHTSBEZIEHUNG ZWISCHEN MIETER, DER EINEN BKZ GELEISTET HAT, UND VERMIETER

### 1. Das Recht des Hypothekengläubigers auf Befriedigung aus den Miet- und Pachtzinsforderungen des mit der Hypothek belasteten Grundstücks

Gemäß § 1123 Absatz 1 erstreckt sich die Hypothek auch auf die Miet- und Pachtzinsforderungen, sofern das belastete Grundstück vermietet oder verpachtet ist, d.h. der Hypothekengläubiger hat ein Recht auf Befriedigung aus den Miet- und Pachtzinsforderungen. Die Forderungen werden jedoch ein Jahr nach Fälligkeit von der Haftung frei (§ 1123 Absatz 2), wenn sie nicht vorher zugunsten der Hypothekengläubiger beschlagnahmt werden. Ist der Miet- oder Pachtzins jedoch im voraus zu entrichten, so erstreckt sich die Befreiung nicht auf den Miet- oder Pachtzins für eine spätere Zeit als den zur Zeit der Beschlagnahme laufenden Kalendermonat; erfolgt die Beschlagnahme nach dem fünfzehnten Tage des Monats, so erstreckt sich die Befreiung auch auf den Miet- oder Pachtzins für den folgenden Kalendermonat (§ 1123 Abs.2 Satz 2).

Wird nun Miet- oder Pachtzins, der noch nicht gemäß § 1123 Absatz 2 von der Haftung frei ist, eingezogen oder wird zugunsten eines Dritten über die Forderung verfügt, bevor die Beschlagnahme erfolgt, so sind Einziehung und Verfügung dem Hypothekengläubiger gegenüber wirksam, soweit sie sich auf den Miet- oder Pachtzins für den zur Zeit der Beschlag-

nahme laufenden Kalendermonat beziehen (§ 1124 Absatz 1 i.V.m. § 1124 Absatz 2 1.Halbsatz). Erfolgt die Beschlagnahme jedoch nach dem fünfzehnten Tag des Monats, so sind Verfügung und Einziehung auch wirksam, soweit sie den Miet- oder Pachtzins des folgenden Kalendermonats betreffen.

2. Beschränkung dieses Rechts infolge der Rechtsprechung des BGH zum BKZ - Kritik dieser Rechtsprechung im Hinblick auf den "numerus clausus" der dinglichen Rechte

Die Rechtsprechung des BGH zum BKZ bezieht sich nun nicht nur auf die Fälle, in denen ein an den Mieter vermietetes Grundstück (oder ein Grundstücksteil, § 580) veräußert oder zwangsversteigert wird. Sie gilt vielmehr auch dann, wenn ein Grundstück zugunsten eines Hypothekengläubigers beschlagnahmt wird[1]. Der vom Mieter geleistete und zum Aufbau verwendete BKZ ist deshalb nicht nur in den zeitlichen Grenzen des § 1124 dem Hypothekengläubiger gegenüber wirksam, sondern unbeschränkt, gemäß der Rechtsprechung des BGH[2].

Praktisch läuft dies darauf hinaus, daß der Hypothekengläubiger sich nicht mehr aus den Miet- und Pachtzinsforderungen befriedigen kann, wenn ein BKZ geleistet wurde - sein dingliches Recht - die Hypothek -, das ihm die Befugnis einräumt, sich aus

---

1) Vgl. BGHZ 6, 202; 15, 296.

2) Vgl. BGHZ 6, 202; BGH MDR 1959, 207; BGHZ 15, 296 und oben S. 12 ff.

dem Grundstück zu befriedigen (§ 1147), ist schwächer als die dem Mieter durch den Mietvertrag vom Vermieter eingeräumte Position.

BERGMANN bezeichnete den BKZ deshalb auch als eine "parasitäre Form des Realkredits"[1], da die Mieter bei der Befriedigung aus dem Mietzins praktisch die erste Rangstelle hätten, während der Realkredit trotz seines grundbuchmäßigen Vorranges auf den etwaigen Restertrag angewiesen wäre[2]. Der BGH selbst weist darauf hin, daß die Anerkennung der Wirksamkeit des abwohnbaren BKZ gegenüber den Realgläubigern einen Einbruch in die Systematik unserer dinglichen Rechtsordnung bedeute[3]. Das OLG Bremen ist der Auffassung, daß man unzulässigerweise ein dingliches Recht für den Mieter konstruiere, das diesem eine wirtschaftliche Sicherung seiner Forderung auf Abwohnen des BKZ sogar vor den dinglich Berechtigten gewähre[4].
Bewirkt die Rechtsprechung des BGH zum BKZ tatsächlich eine geheime Verdinglichung innerhalb der Beziehung zwischen Vermieter und Mieter?
Zur Beantwortung dieser Frage müssen wir uns zunächst daran erinnern, daß das System des BGB auf der auf dem römischen Recht fußenden Unterscheidung in dingliche (iura in re bzw. in re aliena) und relative (obligationes) Rechte beruht[5].

---

1) BERGMANN NJW 1949, 283.

2) Vgl. auch PERGANDE NJW 1951, 742 und BERGMANN a.a.O.

3) BGH MDR 1959, 207; BGH MDR 1967, 297.

4) OLG Bremen Urteil vom 8.7.1954; MDR 1954, 740.

5) DULCKEIT S.30, 31, 34.

3. Begriff des dinglichen und relativen Rechts

Die h.M. versteht unter einem dinglichen Recht ein subjektives Recht, das sich unmittelbar auf eine Sache bezieht und unmittelbare Herrschaft über eine Sache gewährt. Es wirkt - in der Regel - gegen jedermann und schließt fremde Einwirkung auf die Sache innerhalb der Grenzen seiner Wirksamkeit aus[1].
Das dingliche Recht gewährt eine gegenüber jedermann (absolut) geschützte Herrschaft[2]; es gehört in den Bereich der absoluten Rechte, wie sie sich auch in anderen Rechtsgebieten finden (z.B. im Erbrecht, Familienrecht)[3].
Im Gegensatz zum dinglichen Recht besteht das Wesen des relativen Rechts darin, daß es sich gerade gegen eine bestimmte Person richtet, "dieser eine

---

1) Vgl. LARENZ SR I S.12; HENLE S.21; STAUDINGER-SEUFERT Einleitung zum Sachenrecht Anm.2 und die dortigen Nachweise; a.A. WESTERMANN S.7, 12, der das Wesen der dinglichen Rechte in ihrer "güterzuordnenden Funktion" findet, von der die Absolutheit des Klageschutzes und die "Unmittelbarkeit der Objektsbeziehung" nur Ausflüsse seien. Eine andere Auffassung sieht in der Unmittelbarkeit der Sachherrschaft das Wesen des dinglichen Rechts; vgl. KÜHNE AcP 140 S.11 und die dortigen Nachweise bei Anm.30. Gelegentlich wird auch der Besitz oder Bucheintrag als Merkmal der Dinglichkeit angesehen; vgl. KÜHNE a.a.O., - oder die Aussonderungskraft im Fall des Konkurses des Besitzers, so PFLÜGER AcP 79 S.414 - oder die Pflicht eines jeden, mit Ausnahme des Berechtigten, zur Unterlassung, so RÜMELIN AcP 68 S.200; oder im Klagschutz gegen jedermann, so OERTMANN AcP 123 S.132; KRESS SR § 2;bzw. in der Wirkung gegenüber jedermann vgl. KÜHNE AcP 140 S.12 und die dortigen Nachweise; LÖNING S.18, 52 will den Begriff der Dinglichkeit lediglich als Interessenbegriff verwerten. Ablehnend dazu KÜHNE a.a.O. S.13 u.DIEDERICHSEN S.56.

2) LARENZ a.a.O.

3) BAUR S.6.

Pflicht oder eine bestimmte Gebundenheit auferlegt"[1].
Der Einteilung "relatives Recht - dingliches Recht" entspricht objektiv-rechtlich die Einteilung "Schuldrecht - Sachenrecht"[2]. Die dinglichen Rechte sind im dritten Buch des BGB "Sachenrecht", die relativen Rechte im zweiten Buch "Recht der Schuldverhältnisse" geregelt.

## 4. Begriff der Verdinglichung

DULCKEIT versteht unter der Verdinglichung eines Rechts, daß ein an sich obligatorisches Recht mit dinglichen Einzelzügen ausgestattet ist[3]. Er verwendet diesen Begriff aber auch dann, wenn sich ein an sich obligatorisches Recht - nach seiner Auffassung - in ein dingliches Recht verwandelt[4]. In anderem Zusammenhang sieht er eine Verdinglichung dann als vorliegend an, wenn durch eine schuldrechtliche Konstruktion dingliche Wirkungen erzielt werden[5] oder wenn ein seinem Wesen nach obligatorisches Recht ausnahmsweise dingliche Wirkungen erhält[6]. DIEDERICHSEN setzt den Begriff der Verdinglichung gleich mit Verabsolutierung[7].

---

1) LARENZ AT S.240; vgl. auch BAUR a.a.O. und die h.M.

2) Vgl. KÜHNE AcP 140 S.10.

3) DULCKEIT S.10 f.

4) Vgl. DULCKEIT S.16, die Ausführungen zu § 823 I und dem Recht zum Besitz.

5) DULCKEIT S.27 f. im Hinblick auf § 571.

6) DULCKEIT S.20 f. zur Vormerkung §§ 887 ff.

7) DIEDERICHSEN S.52.

Danach würde die Verdinglichung eines relativen Rechts gegeben sein, wenn es gegen jedermann geschützt sei[1]. Denn nach seiner Auffassung ist ein dingliches Recht dann vorhanden, wenn das Recht gegen jede rechtswidrige Einwirkung durch ein "System von Ansprüchen, das vom Gesetzgeber im Kreise um eine Person-Sache-Beziehung errichtet ist"[2], gesichert wird, wenn also ein absoluter Schutz des Rechts gegeben ist[3]. Unter Verdinglichung eines relativen Rechts versteht DIEDERICHSEN also letztlich die Dinglichkeit eines nur scheinbar relativen Rechts. Der Begriff der Verdinglichung wird auch dann verwendet, wenn ein Recht oder Rechtsverhältnis dingliche Wirkungen zeitigt[4]. LARENZ spricht von Verdinglichung, wenn das relative Recht ein dingliches Recht verdrängt[5].

Wir ersehen hieraus, daß der Begriff der Verdinglichung für zwei verschiedene Sachverhalte verwendet wird. Und zwar einmal dann, wenn ein Recht, das nach dem System des BGB eindeutig als obligatorisches Recht gekennzeichnet ist, in Wahrheit ein dingliches Recht darstellt, weil es alle Merkmale der Dinglichkeit in sich trägt - wenn das Recht also seinem Wesen nach dinglich ist[6]. Andererseits wird von Verdinglichung gesprochen, wenn ein an sich obligatorisches Recht lediglich einzelne dingliche Wirkungen hat[7].

---

1) DIEDERICHSEN S.51.

2) DIEDERICHSEN S.54.

3) DIEDERICHSEN S.55.

4) Vgl. BAUR S.261; ESSER SR I S.423.

5) Vgl. LARENZ SR II S.162 in bezug auf § 571.

6) Vgl. DULCKEIT S.16; DIEDERICHSEN S.51 f.

7) Vgl. DULCKEIT S.10, 20 f., 27; LARENZ SR II S.162; BAUR S.261; ESSER SR I S.423.

Bei Vorliegen aller dinglichen Wirkungen wird das an sich obligatorische Recht aber in seinem Wesen verändert, denn das wahre Wesen eines Rechts bestimmt sich nach seinen Wirkungen und läßt sich auch nur auf Grund seiner Wirkungen erkennen. Hat das Recht deshalb nur einzelne dingliche Wirkungen, bedeutet dies, daß das Recht nicht seinem Wesen nach dinglich ist, sondern daß es lediglich mit dinglichen Einzelzügen ausgestattet ist. Das Recht nimmt dann eine gewisse Zwischenstellung ein, da es einem Wesen nach sowohl obligatorische als auch dingliche Merkmale in sich trägt[1].

Im folgenden wird der Begriff in dem Sinne verstanden, daß ein an sich obligatorisches Recht mit einzelnen dinglichen Merkmalen ausgestattet ist.
Für den Fall, daß ein obligatorisches Recht nicht nur einzelne Merkmale eines dinglichen Rechts in sich trägt, sondern in Wahrheit seinem ganzen Wesen nach dinglich ist, wird dies nicht als Verdinglichung, sondern als verdeckte Dinglichkeit des Rechts bezeichnet.

Die Verdinglichung eines Rechts kann auf verschiedenen Gründen beruhen. Sie kann durch eine dogmatische Inkonsequenz verursacht sein; so, wenn ein in Wahrheit obligatorisches Recht nicht mehr oder ein in Wahrheit dingliches Recht noch nicht eindeutig als ein solches anerkannt wurde. Die Verdinglichung kann aber auch darauf beruhen, daß sich ein obligatorisches Recht auf dem Wege zu seiner natürlichen Verdinglichung (Dinglichkeit) befindet und in diesem Zustand vom positiven Recht fixiert wird[2].

---

1) WESTERMANN S.30 f.

2) DULCKEIT S.10.

## 5. Zur Frage der Dinglichkeit und Verdinglichung der Miete

Die Miete ist nun durch ihre Stellung im BGB eindeutig als obligatorisches Rechtsverhältnis gekennzeichnet, da sie in den §§ 535 ff. im zweiten Buch des BGB "Recht der Schuldverhältnisse" geregelt ist[1]. Trotzdem hat es nicht an Versuchen gefehlt, die Miete[2] als dingliches Recht zu qualifizieren[3], indem versucht wurde, dingliche Wirkungen der Miete nachzuweisen. Diese Auffassungen wurden jedoch von der herrschenden Meinung nicht übernommen, die nach wie vor eine echte Dinglichkeit der Miete mit vollem Recht ablehnt[4].

Aber auch die h.M. erkennt an, daß durch bestimmte gesetzliche Vorschriften eine gewisse Verdinglichung der Miete eintritt. Das Hauptbeispiel für die Verdinglichung wird in § 571, dem Grundsatz "Kauf bricht nicht Miete" gesehen[5]. Diese Regelung führt konkret jedoch nicht zu einer Verdinglichung des Mietverhältnisses als solchem, sondern zu einer Verdinglichung des aus dem Mietverhältnis

---

1) Vgl. DULCKEIT S.20 f., 65.

2) Und die Pacht §§ 581 ff.

3) COSACK-MITTELS S.390 ff.; FUCHS S.566 ff., 840 ff.; KRÜCKMANN LZ 1931, 1169; KÜHNE AcP 140 S.17 ff. und besonders LÖNING S.265 ff., 271 f.

4) DULCKEIT S.21.

5) Vgl. DULCKEIT S.31; LARENZ SR II S.153; ESSER SR I S.423, vergleicht das obligatorische Recht des Mieters mit dem Pfandrecht an einer Sache, das unabhängig davon bestehe, wem die Sache tatsächlich gehöre. FIKENTSCHER S.402, 404; BAUR S.251. Weitere Beispiele für eine Verdinglichung obligatorischer Rechtsstellungen finden sich be- DULCKEIT S.12 ff.

entspringenden relativen Besitzrechts des Mieters[1]. Präziser spricht deshalb LARENZ[2] im Hinblick auf § 571 von einer gewissen "Verdinglichung des Besitzrechts"[3].
Eine weitere Verdinglichung des Besitzrechts des Mieters wird in den Kündigungsschutzvorschriften des BGB (vgl. §§ 565a-565e) gesehen[4], in dem Rechtsschutz des besitzenden Mieters gemäß § 823 Absatz 1[5] und in dem Schutz gegen solche Dritte, die den Mieter in seiner Rechtsstellung beeinträchtigen, durch die §§ 859 ff., 862 und 1007[6].

6. Bewirkt die Rechtsprechung des BGH zum BKZ eine Verdinglichung des Gebrauchsrechts des Mieters?

Die Rechtsprechung des BGH zum BKZ könnte nun zu einer weiteren Verdinglichung des aus dem Mietverhältnis entspringenden relativen Gebrauchs- bzw. Besitzrechts führen.
Voraussetzung dafür wäre zunächst, daß die Wirksamkeit des BKZ gegenüber Erwerber, Ersteher und Hypo-

---

1) Man kann es auch als Verdinglichung des Gebrauchsrechts bezeichnen, denn gem. § 535 ist der Vermieter verpflichtet, "dem Mieter den Gebrauch der vermieteten Sache während der Mietzeit zu gewähren"; so auch TWORECK S.66.

2) LARENZ SR II S.162.

3) LARENZ a.a.O.

4) TWORECK S.66; BAUR S.261.

5) Vgl. DULCKEIT S.15 f.

6) BAUR a.a.O.; DULCKEIT S.13 f.

thekengläubiger auch das Gebrauchsrecht des Mieters beeinflußt.

Der Erwerber tritt gemäß § 571 Absatz 1 in das Mietverhältnis ein; er ist damit an die vertraglich vereinbarte Mietzeit gebunden, ohne Rücksicht auf eine eventuelle Wirksamkeit eines geleisteten BKZ ihm gegenüber. Bei unbefristeten Mietverträgen kann er, selbst wenn der geleistete BKZ nach der Rechtsprechung des BGH ihm gegenüber wirksam ist, unter den gesetzlichen Voraussetzungen kündigen.
Er ist dann lediglich verpflichtet, den noch nicht abgewohnten BKZ nach Maßgabe des § 555 dem Mieter zurückzuerstatten. Das Gebrauchsrecht des Mieters wird im vorliegenden Fall also nicht von der Wirksamkeit des BKZ berührt.
Dem Hypothekengläubiger haften zwar auch die Miet- und Pachtzinsforderungen (§ 1123 Absatz 1), aber selbst bei einer Beschlagnahme des Grundstücks zu seinen Gunsten tritt er nicht in das Mietverhältnis ein.
Er kann deshalb trotz Wirksamkeit eines geleisteten BKZ ihm gegenüber nicht die Mietdauer beeinflussen. Das Gebrauchsrecht des Mieters wird auch hier von einer eventuellen Wirksamkeit des BKZ nicht berührt.

Der Ersteher eines vermieteten Grundstücks tritt gemäß § 57 ZVG i.V.m. § 571 Absatz 1 in das Mietverhältnis ein. Er ist aber berechtigt, das Mietverhältnis unter Einhaltung der gesetzlichen Frist zu kündigen (§ 57 a ZVG). Dieses Kündigungsrecht ist jedoch gemäß § 57 c Absatz 1 Ziffer 1 ZVG dann ausgeschlossen, wenn und solange die Miete zur Schaffung oder Instandsetzung des Mietraums ganz

oder teilweise voraus entrichtet oder mit einem sonstigen zur Schaffung oder Instandsetzung des Mietraums geleisteten Beitrag zu verrechnen ist, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob die Verfügung gegenüber dem Ersteher wirksam oder unwirksam ist.

Da nach dem Wortlaut dieser Vorschrift schon durch die bloße Leistung eines BKZ das Gebrauchsrecht des Mieters zu seinen Gunsten beeinflußt wird, unabhängig von der Wirksamkeit des BKZ gegenüber dem Ersteher, hat die Rechtsprechung des BGH zum BKZ auch in diesem Fall keinen Einfluß auf das Gebrauchsrecht des Mieters.
Es gibt zwar eine Mindermeinung, die der Ansicht ist, daß das Kündigungsrecht des Erstehers nur dann gemäß § 57 c Absatz 1 Ziffer 1 ZVG ausgeschlossen sei, wenn der geleistete BKZ dem Ersteher gegenüber entsprechend der Rechtsprechung des BGH wirksam ist[1]. Danach würde die Rechtsprechung des BGH zum BKZ das Gebrauchsrecht des Mieters beeinflussen.
Höchstrichterlich ist diese Frage noch nicht entschieden. Im Hinblick auf den eindeutigen Wortlaut des Gesetzes und die Motive zu diesem Gesetz vom 1.10.1953 (Einfügung des § 57 c ZVG)[2], aus denen sich ergibt, daß die Frage der Wirksamkeit des BKZ für das Kündigungsrecht des Erstehers ausdrücklich außer Betracht bleiben sollte, ist diese Auffassung jedoch als unhaltbar abzulehnen. Da die Rechtsprechung des BGH zum BKZ, wie dargelegt wurde, das Gebrauchsrecht des Mieters nicht beeinflußt, kann sie auch nicht zu einer weiteren Verdinglichung dieses Rechtes führen.

---

1) Vgl. SCHUSTER MDR 1960 S.182 f.; LG Hagen MDR 1959 S.490; AG Siegburg NJW 1955, S.1886.

2) Vgl. BT-Drucksache Nr.4452.

7. Bewirkt diese Rechtsprechung eine Verdinglichung des BKZ?

Der Vermieter ist durch die im Mietvertrag getroffenen Abreden hinsichtlich des BKZ gebunden. Das Recht des Mieters, den BKZ abzuwohnen, ist deshalb ein relatives Recht. Dieses Recht auf Abwohnung des Zuschusses ist jedoch nicht zu verwechseln mit dem gemäß § 535 bestehenden Recht des Mieters auf Besitz bzw. Gebrauch der Mietsache während der Mietzeit. Das Recht auf Abwohnen beinhaltet vielmehr nur das Recht des Mieters, sich während der Laufzeit des BKZ auf die im Mietvertrag festgelegte Anrechnung, Verrechnung oder Aufrechnung des Zuschusses mit dem vereinbarten Mietzins zu berufen.

Dank der Rechtsprechung des BGH kann sich der Mieter nicht nur gegenüber dem Vermieter, dem ursprünglich allein Verpflichteten, auf diese Vereinbarung unbeschränkt berufen, sondern sowohl gegenüber dem Erwerber und Ersteher des Grundstücks als auch gegenüber den Hypothekengläubigern, zu deren Gunsten eine Beschlagnahme des Grundstücks erfolgt ist, sofern die vom BGH geforderten Voraussetzungen der Wirksamkeit gegeben sind.

Diese Voraussetzungen sind:

1. Leistung des BKZ durch einen Mieter oder künftigen Mieter,
2. tatsächliche, wenigstens mittelbare Verwendung des BKZ zum Aufbau oder Ausbau[1].

Da als BKZ nur ein zum Aufbau geleisteter Finanzierungsbeitrag eines Mieters oder künftigen Mie-

---

1) Vgl. oben S. 12 ff.

ters bezeichnet werden kann[1], ist die erste Voraussetzung begriffsnotwendig und eigentlich selbstverständlich.
Anders verhält es sich mit der zweiten Voraussetzung der Wirksamkeit. Wesentlich ist hier, daß nicht die objektive Zweckbestimmung "Hingabe zum Auf- oder Ausbau der Mieträume" genügt, sondern daß für die Wirksamkeit das zusätzliche Kriterium der tatsächlichen Verwendung, entsprechend der Zweckbestimmung bei der Hingabe, verlangt wird.
Der Finanzierungsbeitrag des Mieters wird damit in eine konkrete Beziehung zu einer Sache gesetzt, wodurch eine gewisse Verdinglichung herbeigeführt werden könnte.

a) Verdinglichung durch Werterhöhung?

Das Hauptargument des BGH zur Rechtfertigung der Wirksamkeit des BKZ gegenüber Hypothekengläubiger, Ersteher und Erwerber des Grundstücks ist, daß durch die geforderte tatsächliche Verwendung des BKZ zum Aufbau eine Werterhöhung des Grundstücks eintritt[2]. Es fragt sich deshalb, ob die Werterhöhung als solche generell in der geltenden Rechtsordnung dingliche Wirkungen hervorruft und ob diese Wirkungen im vorliegenden Fall auch gegeben sind.
Als dingliche Wirkung kommt hier die ganze oder teilweise Zuordnung des Gegenstandes, der die Werterhöhung erfahren hat, zum Herrschaftsbereich desjenigen, der sie verursachte, in Betracht.

---

1) Vgl. die Definition auf S. 1.
2) Vgl. BGHZ 15, 296; BGHZ 16, 31; BGHZ 37, 364.

Im BGB hat der Werterhöhungsgedanke in einigen Vorschriften direkt Ausdruck gefunden. So kann der unrechtmäßige Besitzer einer Sache Ersatz für nicht notwendige Verwendungen nur insoweit verlangen, als diese vor dem Eintritt der Rechtshängigkeit und vor dem Beginn der in § 990 bestimmten Haftung gemacht wurden und der Wert der Sache durch sie noch zu der Zeit erhöht ist, zu welcher der Eigentümer die Sache wiedererlangt (vgl. § 996).
In § 950 ist bestimmt, daß derjenige, der durch Verarbeitung oder Umbildung eines oder mehrerer Stoffe eine neue bewegliche Sache herstellt, das Eigentum an der neuen Sache erwirbt, sofern nicht der Wert der Verarbeitung oder der Umbildung erheblich geringer ist als der Wert des Stoffes (§ 950 Absatz 1 Satz 1). Unter Verarbeitung ist dabei jeder Arbeitsaufwand zu verstehen, der eine werterhöhende Veränderung der Sache bezweckt[1].

In den §§ 647 und 648 spricht das Gesetz zwar nicht direkt von dem Wert oder der Werterhöhung einer Sache, trotzdem könnte der Gedanke der Werterhöhung auch in diesen Vorschriften Berücksichtigung gefunden haben[2]. Der Unternehmer eines Werkvertrages (§ 631) hat nämlich gemäß § 647 für seine Forderungen aus dem Vertrag ein Pfandrecht an den von ihm hergestellten oder ausgebesserten und dadurch im Wert erhöhten Sachen des Bestellers, wenn sie bei der Herstellung oder zum Zwecke der Ausbesserung in seinen Besitz gelangt sind.

Der Unternehmer eines Bauwerkes oder eines einzel-

---

1) WESTERMANN S.256.

2) Vgl. VAHLBRUCH BB 1953, 189.

nen Teiles eines Bauwerkes kann gemäß § 648 Absatz 1 Satz 1 für seine Forderungen aus dem Vertrage die Einräumung einer Sicherungshypothek an dem Baugrundstück des Bestellers, dessen Wert in der Regel durch die Leistung des Unternehmers erhöht wird, verlangen.
Es ist nun zwar durchaus denkbar, daß der Gesetzgeber bei der Schaffung dieser Normen an die durch die Arbeitsleistung des Unternehmers hervorgerufene Werterhöhung dachte. Die Werterhöhung ist aber in § 647 eindeutig nicht Rechtsgrund der Norm. Dies ergibt sich daraus, daß nach dem Wortlaut ein Pfandrecht nur an den Sachen "des Bestellers" entsteht, d.h. an Sachen, die dem Besteller nicht gehören, die nicht in dessen Eigentum stehen[1], erwirbt der Unternehmer kein Pfandrecht, selbst wenn er durch seine Arbeitsleistung eine Werterhöhung herbeigeführt hat. Wäre die Werterhöhung Rechtsgrund, müßte in jedem Fall ein Pfandrecht entstehen, gleichgültig, ob der Gegenstand dem Besteller gehört oder nicht[2].

In § 647 beruht die dingliche Wirkung deshalb nicht auf der Werterhöhung. Bei Vorliegen des Tatbestandes der §§ 648 Absatz 1 Satz 1 und 996 treten trotz der Werterhöhung keine dingliche, sondern lediglich obligatorische Rechtsfolgen ein: Der Unternehmer hat einen obligatorischen Anspruch auf Einräumung einer Sicherungshypothek (§ 648 Absatz 1 Satz 1) und der unrechtmäßige Besitzer

---

1) So BGHZ 34, 153 und MÜNZEL NJW 1961, 1233; dagegen die h.L., da das Unternehmerpfandrecht ein Besitzpfandrecht sei, entstehe es bei Gutgläubigkeit auch an Sachen eines Dritten.

2) Bzw. ohne Rücksicht darauf, ob der Unternehmer gut- oder bösgläubig ist.

einen obligatorischen Anspruch auf Ersatz seiner Verwendungen (§ 996).
Es bleibt also nur eine Norm übrig, nämlich § 950, in der die Werterhöhung unmittelbar eine dingliche Wirkung verursacht, indem der Verarbeitende das Eigentum an der neuen Sache erwirbt.

Aus dieser Norm läßt sich aber nicht ein allgemeiner Grundsatz des Inhalts entnehmen: "Wer den Wert eines Gegenstandes erhöht, erwirbt ein dingliches Rechtan diesem Gegenstand"[1]. Denn § 950 stellt eine Ausnahmeregelung dar. Im BGB wird die Werterhöhung nämlich generell entweder überhaupt nicht berücksichtigt - so im Recht des Mieters und des unrechtmäßigen Besitzers auf Ersatz von Verwendungen: beide haben nur das Recht auf Ersatz der notwendigen Verwendungen, ohne Rücksicht auf eine eingetretene Werterhöhung (vgl. § 547 Absatz 1 Satz 1 und § 994 Absatz 1 Satz 1) - oder als Ausgleich für die Werterhöhung wird nur ein obligatorischer Anspruch gewährt (vgl. § 996 und die Ausführungen auf S. 126)[2].

---

1) a.A. HUBMANN AcP 1956 S.100 f.
Er leitet aus § 950, den Bestimmungen über das Urheberrecht, den gewerblichen Schutzrechten, dem Wettbewerbsrecht sowie aus der Entscheidung des BGH zum BKZ in BGHZ Band 15, S.303, folgenden allgemeinen Rechtsgrundsatz ab: "Wer einen Wert schafft oder verwirklicht, hat auf ihn ein Anrecht." Es soll nicht darauf eingegangen werden, ob ein solcher Grundsatz zu Recht angenommen werden kann. Aus der vorsichtigen Formulierung von HUBMANN: "... hat auf ihn ein Anrecht", ergibt sich aber, daß sich HUBMANN wohl selbst nicht sicher ist, daß die Werterhöhung generell <u>unmittelbare</u> <u>dingliche</u> Wirkungen herbeiführt.

2) So auch TWORECK S.62.

Die mit dem BKZ des Mieters bewirkte Werterhöhung des Grundstücks kann deshalb zu keiner Verdinglichung des BKZ führen[1].

b) Verdinglichung durch Sachnähe?

Bewirkt die Voraussetzung der Mietereigenschaft (jetzige oder künftige) des Leistenden eine Verdinglichung des BKZ?
Dies ist ebenfalls zu verneinen. Durch die enge Beziehung des BKZ-Leistenden zum Objekt steht dieser als Mieter oder künftiger Mieter dem Grundstück zwar tatsächlich näher als ein Hypothekengläubiger, da er entweder unmittelbaren Besitz hat oder diesen in absehbarer Zeit erwirbt. Die "Sachnähe"[2] ist aber nicht geeignet, dingliche Wirkungen nachzuweisen. Da das dingliche Recht das gleiche Verhalten gestattet wie das entsprechende obligatorische[3], kann dieser Begriff nicht zur Unterscheidung von dinglichen und obligatorischen Rechten dienen[4] und damit auch nicht zur Feststellung dinglicher Wirkungen herangezogen werden.

c) Verdinglichung durch Drittwirkung

Die Rechtsprechung des BGH zum BKZ führt nicht dazu, daß das Recht des Mieters auf Abwohnen des BKZ

---

1) Vgl. auch BAUR S.62.

2) HECK SaR S.2.

3) Vgl. HECK a.a.O. und die dort angeführten Beispiele.

4) So HECK a.a.O. Im Ergebnis ebenso, jedoch mit anderer Begründung DIEDERICHSEN S.40 f.

von jedem Dritten zu respektieren ist. Der Schutz des Mieters tritt vielmehr nur unter den ganz bestimmten, vom BGH entwickelten, eng begrenzten Voraussetzungen ein. Da das Wesen des dinglichen Rechts darin besteht, daß es von jedermann zu achten ist[1], ist das Recht des Mieters auf Abwohnen seinem Wesen nach kein dingliches Recht.

Infolge dieser Rechtsprechung sind die im Aufbaumietvertrag geregelten Rechtsbeziehungen jedoch nicht nur auf die Partner (Mieter-Vermieter) des Schuldverhältnisses begrenzt, sondern entfalten ihre Wirksamkeit auch gegenüber Rechtssubjekten - Dritten, die ursprünglich außerhalb des Schuldverbandes standen. Durch die Wirkung der Abwohnvereinbarung gegenüber Dritten (Erwerber, Ersteher, Hypothekengläubiger) wird die Relativität der Rechtsbeziehung zwischen Vermieter und Mieter gesprengt und der Schutz des Mieters ausgedehnt.
Solche Drittwirkungen sind für die dinglichen Rechte typisch[2]. Die Wirkung gegenüber Dritten ist deshalb ein dingliches Merkmal. Ein dingliches Recht ist aber nur dann gegeben, wenn die Drittwirkung grundsätzlich gegenüber allen Rechtsgenossen gegeben ist, da das Wesen des dinglichen Rechts darin besteht, daß es von jedermann zu achten ist. Das Recht des Mieters auf Abwohnen seines BKZ ist deshalb seinem Wesen nach kein dingliches Recht.
Tritt jedoch wie beim BKZ die Drittwirkung nur unter besonderen Voraussetzungen und nur gegenüber bestimmten Rechtsgenossen ein, so hat das Recht

---

1) Vgl. LARENZ SR II S.157 ff.

2) Vgl. DIEDERICHSEN S.51.

nur einzelne dingliche Wirkungen. Bei einzelnen dinglichen Wirkungen eines relativen Rechts sprachen wir aber von der Verdinglichung des Rechts[1].

Wir kommen deshalb zu dem Ergebnis, daß durch die Rechtsprechung des BGH zum BKZ eine Verdinglichung des BKZ - genauer eine Verdinglichung der Abwohnvereinbarung - eintritt und tatsächlich ein Einbruch in die Systematik unserer dinglichen Rechtsordnung gegeben ist.

---

1) Vgl. oben S. 118.

## D) SCHLUSSWORT

Obwohl durch die Rechtsprechung des BGH zum BKZ der "numerus clausus" der dinglichen Rechte gesprengt wird, ist sie voll zu begrüßen. Wer sie aus diesen Gründen ablehnt, bewertet das System höher als die Gerechtigkeit.

Die Entscheidungen des BGH zum Baukostenzuschuß sind mit dem geltenden Recht durchaus vereinbar. Dies gilt, wie nachgewiesen wurde, für alle Entscheidungen des BGH bezüglich der Wirksamkeit des Baukostenzuschusses gegenüber dem Erwerber, Ersteher, Hypothekengläubiger, Konkursverwalter. Besonders gilt dies aber für die neueste Entscheidung (VIII ZR 130/68 = NJW 1970, 93), in der die Unwirksamkeit von "Vereinbarungen", in denen die Mieter auf ihre "Abwohnrechte" des Finanzierungsbeitrags gegenüber den Realgläubigern und späteren Eigentümern des vermieteten Grundstücks verzichten, grundsätzlich ausgesprochen wird.

Diesem Mißbrauch der Monopolstellung der Banken und Grundeigentümer, die auf dem noch bestehenden Übergewicht der Nachfrage über dem Angebot beruht, mußte auf Grund des Sozialprinzips begegnet werden. Der BGH beruft sich deshalb zu Recht auf das soziale Mietrecht, um die Unwirksamkeit solcher aufgezwungener Vereinbarungen zu begründen. Viel Zustimmung wird dieses Urteil in den Kreisen der Realgläubiger und Grundstückseigentümer wohl nicht finden. Es bleibt nur zu hoffen, daß der BGH den zu erwartenden Umgehungen seiner Rechtsprechung in der Praxis wiederum entschieden entgegentritt.

# Lebenslauf

Am 24.11.1940 wurde ich in Würzburg geboren. Mein Vater, Otto Röder, war von Beruf Gastwirt, meine Mutter Emma Röder, geb. Drescher, Hausfrau.

Nach sieben Semestern Rechtsstudium in Würzburg, München und Genf legte ich am 13.1.1965 in München die erste juristische Staatsprüfung ab. Während meiner Ausbildung als Rechtsreferendarin war ich in München, Landshut, Lyon und London tätig. Am 30.6.1970 schloß ich meine Ausbildung mit dem zweiten juristischen Staatsexamen ab.

Seit dem 14.9.1970 bin ich in München als Rechtsanwältin zugelassen.